Die rechtliche Natur des Mäklervertrages

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

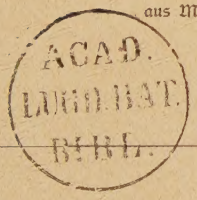
vorgelegt

von

Carl Weyler

Referendar

aus Morringen b. Cöln.



Rostock.

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1904.

Meinen teuren Eltern!

Litteraturübersicht.

Auerbach, Der Mäklervertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipziger Inaugural-Dissertation, Bromberg 1902.

Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Cassel 1891.

Burchard, Gutachten, in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. II, Berlin 1897.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1900.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Tübingen und Leipzig 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Halle 1901.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1903.

Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch Mannheim 1892.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, Marburg 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (RG.)
Entscheidungen des Obertribunals.
Fischer und Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, 6. Auflage, München 1904.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1901.
Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1903.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Stuttgart 1897.
Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler, Berlin 1900.
Jastrow, H. Der Mäklervertrag im BGB. Soziale Praxis, 5 (1896) S. 958 ff.
Juristische Wochenschrift, Berlin.
v. Koenig-Fachsenfels, Der Mäklervertrag (pactum proxeneticum) im gemeinen Recht, Tübinger Inaugural-Dissertation, Stuttgart 1896.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1903.
Laband, Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 20, Tübingen 1861.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, Berlin 1898.
Leyser, Ein Vergleich zwischen Mäklervertrag und Wertvertrag, Erlanger Inaugural-Dissertation, Görlitz 1903.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Berlin 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Breslau 1898. Motive in amtlicher Ausgabe.

Neubauer, Der nichtkaufmännische Mäklervertrag, in der Praxis, insbesondere nach ALR. Berlin 1892.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 1. und 2. Auflage, Berlin 1900.

Protokolle in amtlicher Ausgabe.

Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler, in Gruchot's Beiträgen Bd. XL.

Riesenfeld, Der Zivilmäkler, Beiträge zur Lehre von den Agenten, in Gruchot's Beiträgen, Bd. XXXVI und XXXVII.

Riezler, Der Werkvertrag, Jena 1900.

Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Breslau 1890.

Rospatt, Zwei Streitfragen des Mäklervertrages, in Gruchot's Beiträgen Bd. XLV.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, Erlangen 1898.

Scherer, Die gesamte Rechtsprechung und Theorie des BGB., Erlangen.

Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den Deutschen Staaten.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältn's, Leipzig 1903.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Bd. I, Berlin 1899.

Soergel, Rechtsprechung, 1., u. 2., 3., 4. Jahrgang, Stuttgart.

Sohm, Institutionen des Römischen Rechts, Leipzig 1896.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, München 1901.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. (1900—1902) und 2. Jahrgang (1903). Leipzig.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, München 1898,

Windscheid, Pandekten, Frankfurt a. M. 1900.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

§ 1. Einleitung . . . . . 11.

§ 2. Begriff des Mäklervertrages . . . . . 13.

§ 3. Anwendungsgebiet der §§ 652—656 BGB. 20.

§ 4. Geschichtlicher Rückblick auf die bisherigen Theorien über die rechtliche Natur des Vertrages . . . . . 23.

§ 5. Charakter des Vertrages nach BGB.:

a) einseitiges Schuldversprechen oder Vertrag? . . . . . 34.

b) einseitiger oder zweiseitiger Vertrag? 38.

c) Abgrenzung von verwandten Vertägen. 51.

§ 6. Stellung im Rechtssystem: eigener Vertragstypus . . . . . 60.

§ 7. Welchen Regeln untersteht der Vertrag im übrigen? . . . . . 65.

§ 1.

Einleitung.

Im römischen Rechte hatte sich infolge der ungünstigen gesellschaftlichen Stellung des Mäklers und dessen eigentümlich gearteten Tätigkeit das Mäklerwesen bei dem bekannten Rigorismus des römischen Kontraktsystems zu einem rechtlich bedeutsamen Institute nicht entwickeln können. Trotzdem dieses Gewerbe, wie wir annehmen müssen, zu damaliger Zeit in hoher Blüte gestanden hat, ist es bei der erwähnten stiefmütterlichen Behandlung zu einer Ausbildung von singulären Rechtssatzungen nicht gekommen. Der Aufschwung, den Handel und Verkehr im Mittelalter genommen haben, kam auch dem Mäklerinstitute zu Gute; im gemeinen Rechte war die Frage nach der rechtlichen Natur des Mäklervertrages bereits zu einer bekannten Streitfrage geworden, wobei die Anschauungen über den Charakter des Vertrages weit auseinander gingen. Die neueren Gesetzgebungen brachten hierin keine völlige Klärung. Das französische bürgerliche Recht erwähnt den Mäklervertrag überhaupt nicht, und von den Deutschen Landesgesetzgebungen kommen höchstens die größeren Kodifikationen: Preußen, Bayern und Sachsen, in Betracht. Der einzige § 1306 II 8 ALR. spricht von

einem Abschlusse eines Geschäfts durch einen Mäkler; zudem wird jener Paragraph durch Art. 60 Nr. 1 des EG. z. HGB. vom 24. 6. 1861 aufgehoben, so daß auch nach preußischem Recht die rechtliche Natur des Vertrages zweifelhaft bleibt. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis enthält ebenfalls keine einheitliche Definition, und verschiedene Entscheidungen der praktischen Rechtsprechung fußen auf entgegengesetzten Anschauungen. Erst das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" widmet in den §§ 1254—1259 dem „Mäklervertrag„ eine nähere Regelung. Aber auch hier hat der Gesetzgeber eine Erklärung des Wesens des Vertrages nicht gegeben, und nur die Motive zu § 1254 lassen erkennen, daß der Gesichtspunkt eines „bedingten Zahlungsversprechens" vorherrschend gewesen ist.

Das neue Bürgerliche Gesetzbuch endlich behandelt den „Mäklervertrag" in den §§ 652—656 in einem besonderen Titel. Wenngleich die Motive zu § 580 (dem jetzigen § 652) noch von der Ansicht ausgingen, daß es einer Entscheidung, wie der Mäklervertrag aufzufassen sei, nicht bedürfe, vielmehr „in jedem einzelnen Falle der Parteiwille aus den konkreten Umständen unter gebührender Berücksichtigung der Verkehrssitte ermittelt werden müßte', so haben doch die späteren „Entwürfe" und insbesondere die Beratungen der „Reichstagskommission" eine derartige Regelung herbeigeführt, daß sich die rechtliche Natur des Vertrages nach der jetzigen Fassung des „Bürgerlichen Gesetzbuches" bestimmen lassen dürfte.

§ 2.

Begriff des Maklervertrages.

nicht mehr eine Definition des Mäklers, sondern des Mäklervertrages aufzustellen, d. h. die Erfordernisse festzusetzen, die zum Wesen des Vertrages gehören.

Nach § 652 BGB. ist der Mäklervertrag ein Versprechen, wonach jemand für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn erhält, mit der Bedingung, daß dieser Lohn nur entrichtet werden muß, wenn infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers der Vertrag zustande gekommen ist.

Zum Inhalte des Vertrages gehört demnach eine gewisse Tätigkeit des Mäklers, die bestehen kann

1. in dem Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages,
2. in der Vermittlung eines Vertrages.

Wie verhalten sich nun diese beiden Arten der Tätigkeit zu einander? Das Nachweisen einer Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages wird gegenüber der Vermittlung eines Vertrages, wie Oertmann[1] richtig bemerkt, nur das „Minus" bilden; es wird erstere Tätigkeit darin bestehen, dem Auftraggeber — wie der Kürze halber derjenige, der den Mäklerlohn verspricht, forthin genannt werden soll — entweder einen passenden Vertragsgegner oder ein geeignetes Objekt für den Abschluß eines Vertrages mitzuteilen. Der Umfang der Tätigkeit des Nachweises wird sich nach den vom Auftraggeber gestellten Anforderungen an die gesuchte Person oder Sache zu gestalten haben, und demgemäß wird stets nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen sein, ob die

1) Oertmann, S. 379,1.

Mühewaltung des Mäklers den Begriff der Nachweistätigkeit gedeckt hat.

Unter Vermittlung eines Vertrages ist dagegen eine weitere, in der Richtung des Abschlusses hin wirkende Tätigkeit des Mäklers erforderlich, und diese Tätigkeit muß Ursache für den Vertragsabschluß geworden sein. Was unter der Handlung der Vermittlung zu verstehen sei, läßt sich in einer allgemeinen Definition nicht bestimmen und beruht, wie bereits das Obertribunal[1] ausgeführt hat, „nicht auf Rechtsbegriffen, sondern auf der „Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse eines jeden „besonderen Falles." Je nach den Umständen wird eine mehr oder weniger große Aufwendung von körperlicher und geistiger Arbeitskraft nötig sein, um den gewünschten Erfolg, „die Willensübereinstimmung der Parteien be„züglich des Schlusses des Vertrages",[2] herbeizuführen. Riesenfeld[3] hat versucht, den Umfang der Tätigkeit der Vermittlung in vier Stadien einzuteilen und führt an:

1) Das Aufsuchen eines vertragslustigen Gegenkontrahenten;
2) das Übermitteln der Vertragsgeneigtheit des Kommittenten;
3) die Bearbeitung des Gegenkontrahenten;
4) das Zurückbringen der Vertragsgeneigtheit vom Gegenkontrahenten an den Kommittenten.

Mit der Aufführung dieser Punkte dürfte auch die Vermittlungstätigkeit erschöpft sein. Daß der Mäkler nicht immer alle vorgenannte Stadien durchzumachen hat,

1) Ober-Trib. Berlin, Urt. v. 15. Januar 1861. (Striethorst, Bd. 40, Nr. 35, S. 129).
2) Riesenfeld, S. 269.
3) Riesenfeld, S. 268.

um seinen Zweck zu erreichen, ist klar; öfter wird ein Aufsuchen des vertragslustigen Gegenkontrahenten oder eine Bearbeitung desselben dem Mäkler infolge Zusammentreffens von Nachfrage und Angebot in seiner Hand erspart bleiben; anderseits wird manchmal das eine oder andere Stadium eine Wiederholung erfordern. Stets muß aber der Abschluß des Vertrages durch eine derartige Tätigkeit des Mäklers bedingt worden sein, wenn sein gesetzlicher Lohnanspruch begründet sein soll.

So wird man, entsprechend dem Wortlaute des BGB., eine doppelt geartete Tätigkeit des Mäklers, welche den Inhalt des Mäklergeschäfts bildet, unterscheiden können: eine einfachere und leichtere, die des Nachweises der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages, und eine verwickeltere, schwierigere, die der Vermittlung des Vertrages.[1] Letztere umfaßt die erstere Art der Tätigkeit und erfordert dazu noch eine weitergehende nämlich die, daß der Mäkler den Vertragsabschluß selbst herbeiführt, sodaß das Zustandekommen des Geschäfts als die Folge seiner Mühewaltung anzusehen ist. Geschicklichkeit und Geschäftserfahrung des Mäklers spielen hierbei eine Hauptrolle; es steht vollständig in seinem Ermessen, auf welchem Wege er den ihm gewordenen Auftrag zur Ausführung bringt, und es muß unter Berücksichtigung jedes einzelnen Falles, also sowohl des Inhalts des Auftrages als der Art und Weise der Ausführung, entschieden werden, ob die Bedingungen für die Forderung des gesetzlichen Mäklerlohnes auf Seiten des Mäklers

1) Vgl. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. S. 909, Nr. 14; a. M. Jacusiel, S.3.

erfüllt sind. Der Charakter der Tätigkeit des Mäklers ist lediglich thatsächliches, nicht juristischer Natur.[1]

Über die Vermittelung geht natürlich die Tätigkeit des Mäklers nicht hinaus; denn der wirkliche Abschluß des Vertrages ist Sache der Parteien selbst, wie ja auch § 652 BGB. nur sagt, daß der Vertrag — den die Kontrahenten unter sich schließen — infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen sein muß.

Der Tätigkeit des Mäklers entspricht auf der andern Seite als essentiale des Vertrages die Entgeltlichkeit. Der Anspruch des Mäklers auf Lohn, oder, anders ausgedrückt, die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung der versprochenen Mäklergebühr bildet das Charakteristische des Mäklervertrages. Ohne Versprechen eines Lohnes, — etwa weil die Geschäftsvermittlung aus Gefälligkeit geschieht — ist ein Mäklervertrag nicht vorhanden; der Vertrag wäre seiner juristischen Gestaltung beraubt. Das Gesetz sagt daher in § 653, daß für den Fall des Nichtversprechens eines Mäklerlohnes ein solcher als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Es hat, wie Riesenfeld[2] bemerkt, der Mäklervertrag „die Präsumption der Entgeltlichkeit für sich."

Worin der versprochene Lohn besteht, ist gleichgültig; das Gesetz läßt diese Frage unbeantwortet. Er braucht demgemäß nicht in Geld zu bestehen, obschon dies im Leben der gewöhnliche Fall zu sein pflegt. In der

1) Vgl. Riesenfeld, S. 266.
2) Riesenfeld, S. 288.

Aussicht auf Belohnung liegt schon der natürliche Ansporn für den Mäkler, für seinen Auftraggeber nach der vereinbarten Weise hin tätig zu sein und sich Bemühungen zu unterwerfen. Andrerseits bildeten die rechtliche Gewährleistung des Anspruches und die bequeme Art und Weise, in der der Mäklerlohn oft in kurzer Zeit und ohne Besitz besonderer Kenntnisse erworben werden kann, den Grund, daß sich dieser Thätigkeit viele zweifelhafte Existenzen gewidmet und dadurch den Mißkredit des Mäklers herbeigeführt haben. Schon in den Digesten[1] wird das Gewerbe als „sordidum" bezeichnet, und auch heute erfreut sich der Privatmäkler noch keiner besonders geachteten gesellschaftlichen Stellung.

Wann im einzelnen Falle der Lohnanspruch gerechtfertigt ist, ist eine Tatfrage, deren Beantwortung davon abhängig ist, ob der Vertragsschluß als die Folge der vorausgegangenen Tätigkeit des Mäklers anzusehen ist oder nicht.[2] Klagt der Mäkler auf Auszahlung des Lohnes, so hat er nur den Auftrag, den Nachweis und das Zustandekommen des beabsichtigten Vertrages nachzuweisen, während dem Gegner der Gegenbeweis freibleibt, daß eine andere Tatsache als der Nachweis für den Vertragsschluß ursächlich gewesen sei.[3]

Das vermittelte Geschäft muß rechtswirksam abgeschlossen sein; gehört zur Rechtsgiltigkeit eine besondere Form, so muß auch dieser genügt worden sein.[4] Ist der

1) Dig. 50. 14 l. 3 pr.

2) Vgl. über den Kausalzusammenhang die Entsch. RG. v. 30. 11. 1902 Jur. Woch. 1902 Beil. S. 282.

3) RG. 24. 10. 02. D. Jur.-Zeit. 8,31.

4) RG. 14. 3. 1892, Bd. 29, S. 230; RG. 26. 6. 1903. D. Recht 7 S. 501; vergl. ferner Ent. d. OLG., Kiel 7. 2. 02 in Rechtsspr.

abgeschlossene Vertrag freiwilliger Weise von den Parteien wieder aufgehoben worden, so bleibt der Anspruch des Mäklers auf die Gebühr bestehen.[1]

Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann nach § 653 BGB. der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt. Bis dahin ist der Vertrag noch in der Schwebe; bei Wegfall der Bedingung aber treten die von der Bedingung abhängig gemachten Wirkungen nicht ein, m. a. W., das Geschäft ist nicht zustande gekommen, und daher die Provision des Mäklers nicht verdient. Auf diese Suspensivbedingung wird § 162 BGB. Anwendung finden. Wenn demnach wider Treu und Glauben der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, verhindert, oder von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, herbeigeführt würde, und die Gegenpartei von dem Rechte aus § 162 BGB. Gebrauch macht, so ist der Provisionsanspruch des Mäklers berechtigt.[2]

Ob die Verpflichtung zur Entrichtung des Mäklerlohnes auch bei Eintritt einer auflösenden Bedingung vorhanden ist, darüber schweigt das Gesetz. Unter den Schriftstellern herrscht verschiedene Meinung.[3] Im Gegensatz zur Suspensivbedingung gilt

d. OLG. Bd. 4 S. 240, wonach für die Vermittelung eines Vertrages, der die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erfordert, sie aber nicht erhält, eine Mäklergebühr nicht beansprucht werden kann.

1) OLG. Rostock, 21. 12. 1899R. d. OLG. Bd. 1, S. 402.

2) Vgl. Jaeusiel, S. 32; anders die Entsch. d. OLG. Kolmar 7. 3. 1902 Rechtsspr. d. OLG. Bd. 4, S. 241, wonach selbst dann, wenn der Auftraggeber den Eintritt der aufschiebenden Bedingung hinderte, die Mäklergebühr nicht verdient wäre.

3) Für das Bestehen eines Anspruchs sind: Dernburg § 339, S. 487, Cosack S. 559, Crome S. 712, Oertmann S. 380; dagegen Matthiaß S. 602, Fischer-Henle S. 325, Staub S. 330, Leske S. 270, Haidlen S. 730.

bei dem Vertrage mit beigefügter Resolutivbedingung dieser sofort als unbedingt geschlossen; damit hätte der Mäkler seinen Lohn verdient. Mit dem Eintritt der Resolutivbedingung endigen aber nach § 158 Abs. 2 BGB. die Wirkungen des Rechtsgeschäftes; es tritt mit diesem Zeitpunkte der frühere Rechtszustand wieder ein, der Vertrag wird also aufgelöst. Planck[1] bemerkt hierzu, daß sich diese Vorschrift „zunächst nur auf das Verhältnis „unter den Vertragschließenden beziehe"; aber das Schicksal des Lohnes ist von dem des Vertrages abhängig, und man wird daher billigerweise annehmen müssen, daß bei Eintritt einer auflösenden Bedingung der Anspruch auf Mäklerlohn wegfällt, bezw. wenn derselbe bereits entrichtet ist, nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 ff. BGB.) zurückgefordert werden kann.

Die Anfechtbarkeit eines Vertrages schließt an und für sich den Anspruch auf Mäklerlohn nicht aus; wird der Vertrag jedoch von der berechtigten Partei angefochten, so ist er nach § 142 BGB. als von Anfang nichtig anzusehen. Der Anspruch auf Lohn ist in diesem Falle unbegründet, und tritt, falls er gezahlt ist, Rückforderung nach § 812 ff. BGB. ein.

Weitere wesentliche Momente enthält der Mäklervertrag nicht, und dürfte der Begriff desselben nach BGB. damit genügend klargestellt sein.

§ 3.

Anwendungsgebiet der §§ 652—656 BGB.

Je größere Ausdehnung Handel und Verkehr unter den Menschen annehmen, insbesondere je mehr die jetzige Zeit einer Mobilisierung aller Werte zustrebt, um so

1) Planck, S. 395 § 652, 2 c.

weiter und mannigfaltiger wird sich das Berufsfeld des Mäklers gestalten, um so eher seine Tätigkeit zu einem allgemeinen Bedürfnis werden. Mit dieser Ausbildung des Mäklerwesens mußte die Gesetzgebung gleichen Schritt halten und hat daher diese Materie — nicht auch in letzter Linie, um den vielen unredlichen Auswüchsen auf jenem Gebiete eine Schranke zu setzen — eingehend behandelt.

Das BGB. beschäftigt sich in den §§ 652—656 mit dem Mäklervertrag. Unter die Begriffsbestimmung des § 652 fallen aber nicht alle Mäklerverträge, wir finden vielmehr eine weitere Regelung derselben in der Spezialgesetzgebung des Handelsgesetzbuches und Gewerberechts, und zwar spielt sich auf dem Gebiete des Handelsrechts unzweifelhaft die meiste Tätigkeit des Mäklers ab. Zu der Kategorie dieser „Handelsmäkler" zählen nach § 93 HGB. solche, „welche gewerbsmäßig für „andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertrags„verhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Ver„mittlung von Verträgen über Anschaffung oder Ver„äußerung von Waren oder Wertpapieren, über Ver„sicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete „oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs über„nehmen. Der „Zivilmäkler" unterscheidet sich also vom „Handelsmäkler" dadurch, daß ersterer

1. Nicht-Handelsgeschäfte vermittelt oder

2. Handelsgeschäfte nicht gewerbsmäßig vermittelt.

Ausdrücklich erwähnt § 93 HGB. noch, daß auf die „Vermittler von Geschäften über unbewegliche Sachen" die Vorschriften des Handelsrechts keine Anwendung finden sollten; es sind hiernach diejenigen Personen, welche die

Veräußerung von Grundstücken vermitteln, nicht zu den Handelsmäklern zu zählen.

Ebenfalls ist die Vermittlung von Verträgen auf Beleihung von Grundstücken oder Beschaffung von Hypotheken nicht als Handelsgeschäft anzusehen, selbst wenn die Vermittlung durch einen Handelsmäkler erfolgt; denn, wie Staub[1] richtig bemerkt, ist „die Beleihung von „Grundstücken durch Geldgeber zwar, wenn gewerbsmäßig „betrieben, ein Handelsgewerbe (nach § 1 Nr. 4 HGB.); „gleichwohl kann man nicht sagen, daß der Geldbeleihungs„vertrag ein Gegenstand des Handelsverkehrs im Sinne „des § 93 ist, denn es ist ein Geschäft über eine un„bewegliche Sache. (§ 93 Abs. 2 HGB.")

Ob der Mäkler Kaufmann im Sinne des HGB. ist oder nicht, hat auf den Charakter des vermittelten Geschäftes keinen Einfluß; es sind hierfür nur die vorhin erwähnten Merkmale ausschlaggebend. Durch die gewerbsmäßige Vermittlung von Handelsgeschäften wird der Handelsmäkler allerdings nach § 1 Nr. 7 HGB. zum „Kaufmann". Diese Eigenschaft kann aber auch ein Zivilmäkler, etwa auf Grund des § 2 oder § 3 HGB. besitzen.

Das frühere Institut der „amtlichen" Mäkler ist im neuen HGB. geschwunden; man könnte von ihnen höchstens noch auf dem Gebiete des Börsenwesens sprechen und darunter jene Mäkler verstehen, welche amtlich zur Feststellung der Kurse bestellt sind. (Kursmäkler). Mit Bezug auf diese Tätigkeit nehmen sie einen Beamtencharakter an, während sie im Bereich ihrer Vermittlungstätigkeit einfach private Gewerbtreibende sind.[2]

1) Staub, § 92, Anm. 1, S. 322.
2) Cosack, Handelsrecht S. 244.

Außer den Hypotheken- und Immobilienmäklern sind es besonders die Stellenvermittler, welche den Bestimmungen des BGB. unterstehen, und zwar für jegliche Dienstleistungen, sei es niederer Art (Gesinde) oder höherer Art (Schauspieler, Autoren). Weiter untersteht dem BGB. die Darlehns- und sonstige Geschäftsvermittlung.

Die sogenannte Heiratsvermittlung ist im § 656 BGB. insofern berührt, als das Versprechen einer Mäklergebühr für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung der Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe als nicht rechtsverbindlich erklärt wird.

Endlich sind die Vorschriften des BGB. überall ergänzend heranzuziehen, wo nicht für den Handelsmäkler die §§ 93—104 HGB. Platz greifen.

§ 4.

Geschichtlicher Rückblick auf die bisherigen Theorien über die rechtliche Natur des Vertrages.

Wenn Staudinger[1] behauptet, die Frage nach der Natur des Mäklervertrages sei eine stark theoretische, so wird ein Rückblick auf die verschiedenen Theorien in den bisherigen Gesetzgebungen dies zur Genüge bestätigen. Zudem dürfte eine derartige Betrachtung nicht nur von historischem Interesse, sondern auch für die spätere Lösung der Frage nach der rechtlichen Natur des Vertrages nach BGB. von vorbereitender Art sein.

Die Angaben über das Mäklerwesen bei den Römern

1) Staudinger S. 473, Nr. 6.

beschränken sich hauptsächlich auf die beiden Stellen Dig. de proxeneticis 50,14 und Cod. lex 6 de sponsalibus et arris sponcaliciis et proxeneticis 5,1. Man darf aber aus diesen spärlichen Angaben nicht folgern, daß das Mäklergeschäft in Rom von geringer Bedeutung gewesen sei: im Gegenteil dürfte aus der genauen und umfangreichen Aufzählung der einzelnen Geschäftsarten sowie aus der Erwähnung von eigenen Schreibstuben der Vermittler zu schließen sein, daß dieses Gewerbe zu damaliger Zeit in großer Blüte gestanden hat. Was nun die rechtliche Auffassung des Mäklervertrages nach r. R. betrifft, so steht fest, daß die Römer das pactum proxeneticum nicht zu den eigentlichen Kontrakten gezählt haben. Dies erhellt zunächst daraus, daß in den Digesten diesem pactum kein besonderer Titel gewidmet ist; sodann geht es ausdrücklich aus den Stellen l. 3, Dig. 50,14 und l. 22, Dig. de praescriptis verbis 19,5 hervor. Die sogen. operae liberales, d. h. die auf vorwiegend geistiger Tätigkeit beruhenden Dienste, konnten im Gegensatz zu den operae illiberales, d. h. den niederen Dienstleistungen, nach altem römischen Rechte nicht Gegenstand eines zweiseitigen Vertrages sein. Wohl konnten die operae liberales im Sinne der Übernahme einer Geschäftsbesorgung Gegenstand der Verpflichtung beim mandatum bilden. Auch war trotz der Unentgeltlichkeit des Mandats ein honorarium im Gegensatz zur merces für die niederen Dienstleistungen mit dem Wesen desselben vereinbar; eine rechtliche Verpflichtung jedoch für das vorher versprochene oder nachträglich zugesicherte Honorar war nicht begründet. Der die Tätigkeit Entfaltende, welcher dadurch nur auf die Ehrlichkeit des

Mandanten angewiesen war, konnte sich zwar das honorarium sichern, in dem er das Versprechen eines solchen in die Form der Stipulation kleidete; es stand ihm dann gegebenen Falls gegen den Mandanten die actio ex stipulatu zur Verfügung. Wegen seiner Formenstrenge und Schwerfälligkeit war jedoch dieses Verfahren zu umständlich, als daß es bei einem starken Rechtsverkehr sich einer öfteren Inanspruchnahme erfreut hätte. Wollte man daher einerseits mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit des Mandats nicht brechen, andrerseits dem die opera liberales Leistenden einen rechtlichen Schutz verleihen, so mußte ein Weg gefunden werden, durch den dem Mäkler für seine Ansprüche aus seiner vorwiegend geistigen und entgeltlichen Tätigkeit ein Rechtsschutz zur Seite stand. Man gab daher dem Mäkler eine Klage im außerordentlichen Rechtswege, im Verfahren extra ordinem, einem Prozesse, der nicht mit einem nach feststehenden Rechtssätzen gesprochenem Urteile, sondern mit einer Entscheidung der frei waltenden Obrigkeit endete. Dies hatte den Sinn, „daß der rechtsprechende „Magistrat ohne Rücksicht auf Vereinbarung, die oft „einer Notlage entspringt, dem Mäkler nur soviel zu„sprach, als er den Umständen nach für billig und an„gemessen erachtete.“ [1] Durch die extra ordinam petitio konnte der Mäkler, falls er seine Verbindlichkeit erfüllt hatte, das versprochene proxeneticum vom Vertragsgegner einklagen. Diese Klage ging auf Erfüllung der Gegenleistung. Die condictio causa data non secuta war, da eine Rückerstattung unmöglich ist, ausgeschlossen; dagegen konnte der Mäkler statt des geforderten Lohnes

1) Dernburg, das bürgerliche Recht S. 481.

auf sein Interesse klagen.[1] Bei arglistiger Benachteiligung seitens des Auftraggebers stand ihm die actio doli zur Verfügung.

Es ist vorhin schon erwähnt worden, daß Unterstellung des Mäklervertrages unter einen der römischen Kontraktstypen nicht angängig ist, obwohl es an derartigen Versuchen nicht gefehlt hat. Vorzugsweise hat man dem Mäklergeschäft Mandatseigenschaft beilegen wollen. Entscheidend hierfür mag das Auftragsverhältnis gewesen sein, in welchem der Mäkler zu seinem Auftraggeber steht. Während aber beim mandatum der Auftrag d. h. die Übertragung einer gewissen Geschäftsbesorgung das essentiale bildet, ist beim pactum proxeneticum nicht das zwischen Auftraggeber und Mäkler bestehende Auftragsverhältnis, sondern die Vermittlung des Geschäftes der wesentliche Bestandteil des Vertrages. Ebensowenig läßt sich mit dem Charakter des mandatum die Entgeltlichkeit des Mäklervertrages vereinen; denn das proxeneticum kann nicht etwa als ein honorarium d. h. als eine Ehren halber geschehende Entschädigung angesehen werden; vielmehr ist dieses eine reine Vergütung für die vom Mäkler geleistete Arbeit, eine Belohnung, ohne deren sichere Inaussichtstellung der Mäkler seine Tätigkeit gar nicht aufnehmen würde.

Eine weitere Theorie war die, das pactum proxeneticum in den Rahmen der locatio conductio operarum zu fassen. Wie schon bemerkt, verstand man im klassischen Rechte unter den operae als Gegenstand der Verpflichtung eines Kontraktes nur die operae illiberales, d. h. die niederen Dienstleistungen, in den

1) L. 7. Dig. 19,5.

meisten Fällen die „Handarbeit", während Dienste, bei denen wissenschaftliche Kenntnisse, Geschicklichkeit, Fertigkeit u. dergl. Gegenstand der Leistung sind, als operae liberales bezeichnet wurden. Zu diesen letztern aber, die niemals Gegenstand eines Dienstmietvertrages sein konnten, ist zweifellos die Tätigkeit des Mäklers zu zählen, und daher nach röm. Rechte die Auffassung des pactum proxeneticum als locatio conductio operarum ausgeschlossen.

Der Gesichtspunkt, daß beim Mäklervertrag der Erfolg der Tätigkeit von wesentlicher Bedeutung ist, hat zu dem Versuche geführt, das pactum proxeneticum als eine locatio conductio operis zu konstruieren. Aber auch diese Theorie ist nach röm. Rechte nicht haltbar; denn der vom Mäkler herbeigeführte Erfolg, der durch seine Vermittlung zustande gekommene Vertrag, deckt nicht den Begriff des römisch-rechtlichen opus. Hierunter ist die Be- oder Verarbeitung einer Sache oder das Resultat einer auf mehr mechanischer Beschäftigung mit körperlichen Dingen hervorgerufenen Arbeit, wenn auch künstlerischer oder wissenschaftlicher Natur, zu verstehen. Die Arbeit des Mäklers dagegen beruht auf intellektuellen Vorgängen; sie ist ideeller Art, und der herbeizuführende „Erfolg" kann daher als ein opus im obigen Sinne nicht betrachtet werden.[1]

So führen alle Versuche, den Mäklervertrag einem der benannten römischen Realkontrakte unterzustellen, zu keinem befriedigenden Resultate. Nachdem nun im gemeinen Rechte die prozessualen Unterschiede, welche zwischen den formlosen uneigentlichen Verträgen und den

1) Vergl. Riesenfeld, S. 36, Bd. 37, v. Koenig-Fachsenfeld, S. 122 ff.

formalen Kontrakten bestanden, fortgefallen waren, hätte an und für sich der Subsumierung des Mäklervertrages unter einen passenden Vertragstypus nichts entgegengestanden. Wie aber aus dem Folgenden erhellt, ist auch hier eine Unterstellung unter die bereits erwähnten Kontrakte nicht angängig.

Der im röm. Rechte für das mandatum geltende oberste Grundsatz: mandatum, nisi gratuitum nullum est,[1] besteht auch für das gemeine Recht und bildet einen prinzipiellen Gegensatz gegenüber der Entgeltlichkeit des Mäklervertrages.

Was die Auffassung des pactum proxeneticum als locatio conductio operarum betrifft, so ist zwar im gemeinen Recht der Unterschied zwischen den operae liberales und illiberales nicht mehr streng durchgeführt, indem auch solche Verträge, bei denen gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, die allein oder doch vorwiegend in freier geistiger Tätigkeit besteht den Dienstmietverträgen unterstellt werden. Während aber bei den letztgenannten Verträgen das Entgelt für die geleisteten Dienste schlechthin geschuldet wird, erhält der Mäkler seine Belohnung nicht für die aufgewandten Bemühungen, sondern nur für den durch seine Tätigkeit herbeigeführten Erfolg.

Die hierdurch naheliegende Versuchung, das pactum proxeneticum als eine locatio conductio operis zu konstruieren, stößt auch im gemeinen Recht wieder auf Schwierigkeiten. Zwar ist hier, im Gegensatz zum römischen Recht, der Begriff des opus auf immaterielle Leistungen ausgedehnt worden. Die Leistung

1) L. 1, § 4 Dig. 17,1.

des Mäklers aber bildet kein fertiges Werk, sondern nur eine Vorarbeit, die eventuell durch den von den Parteien selbst und willkürlich vorgenommenen Abschluß des vorbereiteten Vertrages als erfolgreich gekrönt wird. Von dem operis conductor wird dagegen verlangt, daß er allein das fertige Werk herstelle, welches nicht erst durch das Eingreifen eines Dritten seinen Abschluß erhält. Weiter ist noch zu berücksichtigen, daß, solange bei der locatio conductio operis ein bestimmter Preis als Entgelt für das herzustellende Werk nicht vereinbart oder eine Abmachung, wie etwa die Festsetzung des Preises erfolgen soll, nicht getroffen worden ist, der Vertrag nicht perfekt ist. Beim Mäklervertrag dagegen spielt die Einigung über den Mäklerlohn für den Abschluß und das Bestehen des Vertrages keine wesentliche Rolle.[1]

Da die angeführten römischen und gemeinrechtlichen Vertragstypen für die Unterstellung des Mäklervertrages als nicht passend erscheinen, so wird man denselben als einen eigenartigen Vertrag aufzufassen und der Kategorie der Innominatkontrakte zuzuzählen haben.[2] Crome[3] sagt hierzu: „Diese Klassifizierung war gewiß die bequemste, ein sonstiger Vorzug läßt sich ihr nicht nachrühmen". Nach dem Resultate der vorigen Versuche wird jedoch keine andere Lösung übrig bleiben.

Im kanonischen Rechte ist der Mäkler zwar Erwähnung getan, wenn auch in einer sehr abfälligen Weise: sie werden mit Betrügern und Wucherern auf eine

---

1) Vgl. v. Koenig-Fachsenfeld S. 123 ff.
2) „ „ „ ebendaselbst.
3) Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 420.

Stufe gestellt; von einem Mäklervertrag ist dagegen nirgends die Rede.

Dem älteren deutschen Rechte ist das Mäklerwesen bekannt; bei der Einfachheit der Verhältnisse jedoch ist es zu einer Ausbildung eigentümlicher Rechtssatzungen nicht gekommen. Letztere haben sich vielmehr im späteren Handelsverkehr entwickelt. Die Stadtrechte mit den Mäklerverordnungen, besonders des 15. und 16. Jahrhunderts, welche hauptsächlich gegen den Mißbrauch der damaligen Geschäftsvermittlung vorgingen, sind insofern von Bedeutung, als sie die Entstehung und Entwicklung des Instituts der amtlichen Handelsmäkler nachweisen. Die dort enthaltenen Vorschriften sind mehr reglementarischer als rechtlicher Natur und bildeten die Grundlage für die Bestimmungen der neueren Partikulargesetzgebungen.

Das ALR. hat den Streit über die rechtliche Natur des Mäklervertrages nicht schlichten können. § 1306 II. 8 sagt: „Wer ein Geschäft durch einen Mäkler abschließt, muß die Handlungen desselben ebenso vertreten, wie der Vollmachtgeber die Handlungen des Bevollmächtigten." Weitere Vorschriften sind im ALR. nicht enthalten; zudem sind die §§ 1305 - 2464 II. 8 ALR. durch Art. 60 Nr. 1 des EG. z. HGB. vom 24. 6. 1861 aufgehoben worden. Am nächsten verwandt ist der Mäklervertrag den „Verträgen über Handlungen" und dem „Vollmachtsauftrag". Viele Regeln beider genannten Kategorien passen auf ihn, ohne daß er sich vollkommen mit den Vorschriften eines jener Verträge deckt. Auch die damalige Judikatur ist schwankend. In neuerer Zeit ist nach Neubauer[1]

1) Neubauer, S. 4.

„überwiegend die Auffassung zur Geltung gelangt, der „Vertrag sei als ein Vertrag über Handlungen zu be„urteilen, ohne daß die Unterscheidung anerkannt wird, „welche in den Entscheidungen des vormaligen Ob.-Trib. „Bd. 52 S. 226 ff. sich findet, „der Auftrag zur Er„mittlung und Zuführung eines Käufers sei zwar ein „Vertrag über Handlungen, der Auftrag zur Vermittlung „des Kaufvertrages aber ein Vollmachtsvertrag".

Auch im bayrischen Partikularrecht vermißt man eine einheitliche Theorie. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis spricht in 7 IV, cap. 9, § 16, daß derjenige, der „sich nur Unterhandlungsweise gebrauchen läßt, z. B. „ein Däntler oder Vermittler, kein Anwalt ist, sondern „wenn er sich hierum bezahlen läßt, vielmehr ein locator operarum." Andererseits heißt es in 7 IV, cap. 6 § 6: „der Prinzipal zahlt dem manda„tario nach verrichteter Mühe den versprochenen „recompens und da keiner versprochen ist, so wird „solcher nach Beschaffenheit des Geschäfts und der hier„unter verwandten Mühewaltung unparteiisch taxiert, „sofern mandatarius anders eine Person ist, welche „sich gratis in fremde Sachen nicht verwenden, sondern „saliren zu lassen pflegt, z. B. . . . Tändler u. dergl." Ist der Mäkler so bald als locator operarum, bald als mandatarius bezeichnet, so entsteht noch größere Verwirrung durch eine Entscheidung des OAG. München,[1] welche besagt, „daß nach bayrischem Landrechte der „Mäklervertrag als eine Dienstmiete zu betrachten sei, und zwar als locatio conductio operis".

1) Seufferts Blätter f. Rechtsanw. Bd. 43, S. 237.

Im französischen bürgerlichen Rechte sind über den Mäklervertrag keine besonderen Vorschriften erlassen. Er wird daher meistens nach der herrschenden Ansicht dem mandat Art. 1984 unterstellt, wobei allerdings zu bemerken ist, daß die nach französischem Rechte geltenden Regeln über das mandat, wie beispielsweise die Präsumption der Unentgeltlichkeit bei mangelnder Abrede einer Belohnung, Ersatz von Auslagen neben dem Honorar, mit unsern Grundsätzen über die Natur des Vertrages nicht übereinstimmen.[1]

Das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" hat sich mit dem „Mäklervertrag" in den §§ 1254—1259 näher befaßt. Obgleich es als erstes Partikularrecht ausführlichere Bestimmungen über den Vertrag trifft und ihm eine selbstständige Stellung im Rechtssystem einräumt, ist doch die Auffassung, die der Gesetzgeber über das Wesen des Vertrages gehabt hat, im Gesetze selbst nicht zum Ausdruck gelangt. Die Motive zu § 1254 dagegen lassen einen bestimmten Gesichtspunkt erkennen. Es heißt dort:[2] „Der Vertrag, welcher die Nachweisung einer zur Ein„gehung eines Vertrages geeigneten Person oder die „Nachweisung einer Sache, oder die Vermittlung eines „Vertrages zum Gegenstande hat, kann in der Form „eines Mandats, einer locatio conductio operarum, „auch nach Befinden operis vorkommen. Von diesen „Formen, welche nach den Vorschriften des dafür ge„wählten Vertrages zu beurteilen sind, ist hier nicht die „Rede, vielmehr wird hier nur von derjenigen Art eines

1) Vgl. Riesenfeld, Bd. 37, S. 39.
2) Rocholl, S. 76.

„stimmten andern Vertrag übergeht, sondern blos als „bedingtes Versprechen sich darstellt".

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt, wenn auch nicht aus dem Gesetze selbst, so doch aus den Protokollen ersichtlich, der „Dresdener Entwurf eines Obligationenrechtes" von 1866 in den Art. 675–680, wo „der Gesichtspunkt eines bedingten „Zahlungsversprechens unter Annahme einer „Potestativbedingung auf Seiten beider Vertragschließenden „maßgebend gewesen ist".[1]

Eine Regelung des Mäklerwesens finden wir endlich im alten und neuen Handelsgesetzbuche. Abgesehen davon, daß in diesen Rechtsquellen eine besondere Gruppe der Mäkler, die Handelsmäkler, behandelt werden, sind auch diese nicht einer besonderen Vertragsart unterstellt; vielmehr bilden sie ein eigentümliches Rechtsinstitut, mit eigenen Rechten und Pflichten, und als solche selbständige Personen unterscheidet sie das Gesetz von den Handlungsbevollmächtigten, den Kommissionären und den Agenten.

Durch die Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich wurde die Möglichkeit gegeben, für die verschiedenen Rechtsgebiete Deutschlands ein einheitliches Mäklerrecht zu gestalten. Trotzdem sollte damit die alte Streitfrage über die rechtliche Natur des Mäklervertrages nicht zu Grabe getragen werden, sondern, wie die nächsten Abschnitte zeigen, auf neuem Boden entstehen.

---

1) Riesenfeld, S. 48, Bd. 37.

§ 5.

Charakter des Vertrages nach BGB.

a) Einseitiges Schuldversprechen oder Vertrag?

Die große fortschreitende Entwicklung, die Deutschland während der letzten Jahrhunderte auf dem Gebiete des Handels und Verkehrs zu bezeichnen hat, insbesondere auch die durch die Gewerbefreiheit und Arbeitsteilung geschaffene Vermehrung der Erwerbszweige, waren für die Ausbildung des Mäklerwesens von größter Bedeutung. Juristische und soziale Gründe sprachen dafür, daß bei der neuen Rechtsschöpfung des BGB. dem Kapitel der Geschäftsvermittlung eine größere Aufmerksamkeit geschenkt werden müßte. So besitzen wir denn jetzt in Deutschland für die Zivilmäklerei ein ausführliches ius scriptum, welches in den §§ 652 ff. BGB. enthalten ist. Trotz der in dieser bürgerlichen Rechtsquelle ausgefüllten Lücke gegenüber der früheren Gesetzgebung ist doch die Frage nach der rechtlichen Natur des Mäklervertrages eine streitige geblieben. Die Motive[1] erläutern dies, wie folgt: „Es leuchtet ein, wie bedenklich es sein würde, „für den bürgerlichen Mäklervertrag, welcher erfahrungsgemäß in der verschiedensten Gestalt und mit dem „abweichensten Inhalte vorkommt, so häufig derselbe auch „in der Gegenwart sein mag, eine Rechtsregel aufzustellen, „welche für viele Fälle paßt, während sie für andere „Fälle unpassend erscheint. Es verdient deshalb den „Vorzug, sich der Entscheidung, wie der Mäklervertrag „in der fraglichen Beziehung aufzufassen ist, zu enthalten „und auch von einer einfachen, für Zweifelsfälle berechneten

1) Motive, S. 511.

„Auslegungsregel abzusehen." Auch die späteren Entwürfe blieben auf diesem Standpunkte stehen, so daß die heutige Fassung des Gesetzestextes einem weiten Felde von Theorien über die rechtliche Natur des Vertrages den Boden geschaffen hat.

Eine hauptsächlich von Reuling verfochtene Theorie geht dahin, daß der Mäklervertrag ein der Auslobung analoges Rechtsgebilde sei. Er führt u. a. aus: „. . . . Prüft man die Rechtsstellung des Grundstücks-„vermittlers bei seiner gesamten Tätigkeit, so tritt als-„bald hervor, daß sie der Rechtsstellung desjenigen „analog ist, welcher aus Anlaß einer Auslobung tätig „wird, um die ausgesetzte Belohnung zu verdienen."[1]

Mit Rücksicht darauf, daß sowohl beim Mäklervertrag wie bei der Auslobung für die Herbeiführung eines Erfolges eine Prämie entrichtet wird, haben zwar beide Rechtsinstitute große Ähnlichkeit; aber die juristischen-Wege, auf denen in beiden Fällen ein ähnlicher Zweck erreicht werden soll, sind doch grundverschieden. Nach § 305 BGB. ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Dies bildet also die Regel. Das einseitige Versprechen des Schuldners ist als solches unverbindlich; er kann es, wie er es gegeben, wieder einseitig zurücknehmen, wenn er es überhaupt für nötig halten sollte, es als vorhanden anzusehen. Eine Ausnahme zu dieser Regel, wie sie in § 305 BGB. angedeutet ist, hat der Gesetzgeber in der Auslobung geschaffen. Es ist letztere ein durch einseitige und öffentliche Bekanntmachung vollzogenes Versprechen

1) Reuling, S. 207 ff.

einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung bezw. für die Herbeiführung eines Erfolges. Nach der im gemeinen Recht sehr streitigen, jetzt allgemein herrschenden Lehre, der auch das BGB. gefolgt ist, ist die zur Erklärung der Auslobung aufgestellte Vertragstheorie, d. h. das Vertragsanerbieten in incertam personam mit nachfolgender Acceptation verworfen und die sogenannte Pollicitationstheorie anerkannt worden. Hiernach ist die Auslobung ein einseitiges, auf Grund des öffentlichen Versprechens den Auslobenden verpflichtendes und ohne Hinzutritt jedes Annahmeaktes verbindliches Rechtsgeschäft. Wesentlich ist dabei die Öffentlichkeit der Erklärung: Ohne Publizität keine Auslobung. In ihr liegt der Ersatz für die Annahmeerklärung. „Es dient", wie Endemann[1] sagt, „die abstrakte Form dem Zwecke, „den Verpflichtungswillen und den Inhalt des Versprechens so zu verlautbaren, daß eine bindende Willens„erklärung geschaffen wird, die im Verkehr volles Vertrauen findet." Beim Mäklervertrag dagegen ist das Lohnversprechen nicht öffentlich ausgesetzt, sondern an eine bestimmte Person abgegeben, der gegenüber es einen vertragsmäßigen Charakter annimmt. Nur dieser bestimmten Person hat der Auftraggeber übertragen, für ihn tätig zu werden, und nur dieser Beauftragte ist berechtigt, die übertragene Leistung auszuführen. Es hat daher auch die Judikatur[2] entschieden, daß der Mäkler, wenn er unaufgefordert vermittelt hat, keine Gebühr verlangen kann, während bei der Auslobung die Tatsache des Erfolges entscheidet und sogar derjenige, welcher ohne Kennt-

1) Endemann, § 177, Anm. 4.
2) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4, S. 239.

nis der Auslobung oder ohne den Willen, die ausgesetzte Belohnung zu verdienen, die erlangte Handlung vornimmt, dadurch einen rechtlichen Anspruch auf Ausantwortung der Belohnung hat.

Ferner steht bei der Auslobung dem Auslobenden das Widerrufsrecht nur bis zur Vornahme der Handlung zu; beim Mäklervertrag hingegen kann der Auftraggeber, selbst wenn der Mäkler den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages gebracht oder eine abschlußreife, allen Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Vertragsvermittlung vorbereitet hat, willkürlich — natürlich ohne Schädigungsabsicht — das Zustandekommen des Geschäftes und damit eine erfolgreiche Geltendmachung des Lohnanspruches verhindern.

Weiter ist bei der Auslobung die Bezeichnung der Belohnung so wesentlich, daß ohne derartigen Hinweis auf eine bestimmte Prämie ein verpflichtendes Rechtsgeschäft nicht entsteht. Beim Mäklervertrag aber braucht nach § 653 BGB. eine Höhe der Belohnung überhaupt nicht bestimmt zu sein; und wenn der Belohnung selbst unter den Parteien gar keine Erwähnung getan worden ist, so gilt ein Mäklerlohn als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Gültigkeit des zwischen Mäkler und Auftraggeber bestehenden Vertrages wird dadurch nicht im mindesten berührt.

Abgesehen von diesen Gründen, welche den Mäklervertrag als ein von der Auslobung grundsätzlich verschiedenes Rechtsinstitut kennzeichnen, besteht der wesentlichste Unterschied, wie im folgenden Teile nachgewiesen

wird, darin, daß der Mäkler regelmäßig eine Verpflichtung zur Ausführung übernimmt; er tritt zu seinem Auftraggeber in ein gegenseitig verpflichtendes Vertragsverhältnis, während bei der Auslobung die ausgelobte Handlung lediglich in condicione, nicht in obligatione ist, die juristische Eigentümlichkeit also in der Verbindlichkeit, dem bedingten Versprechen nur einer Partei liegt.

Einen ähnlichen Standpunkt wie Reuling vertritt Burchard,[1] der in dem Mäklervertrag „eigentlich „nur eine einseitige Erklärung des ausdrücklich oder „stillschweigend einen Mäklerlohn Versprechenden und „zwar mit einer doppelten Potestativbedingung" erblickt.

Außer den angeführten Gründen, welche die beiden Auffassungen als unhaltbar erscheinen lassen, sei noch erwähnt, daß nach jenen Theorien eine Haftung des Mäklers wegen Verletzung der natürlichen Verpflichtungen desselben, beispielsweise der Diskretion, „über das hierfür „völlig unzureichende Gebiet der unerlaubten Handlungen „hinaus"[2] ausgeschlossen ist.

b) Einseitiger oder zweiseitiger Vertrag.

Eine bestrittenere Frage als die vorhergehende ist die, ob der Mäklervertrag einseitiger oder zweiseitiger Natur ist. Beide Ansichten zählen viele und bedeutende Vertreter.[3] Der strittige Punkt liegt in der Beantwortung

1) Burchard, S. 290.

2) Dertmann, S. 378.

3) Für einseitigen Vertrag: Enneccerus-Lehmann, S. 622; Endemann S. 1113, Fischer-Henle S. 324; für zweiseitigen Vertrag: Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 411 ff.; Lotmar S. 282 ff., Matthiaß, S. 600 ff.; Dertmann S. 379 ff; Dernburg S. 484 ff.

der Frage, ob der Mäkler civilrechtlich *verpflichtet* ist, für seinen Auftraggeber tätig zu sein, ob er Bemühungen aufwenden *muß*, um einen Erfolg, so weit es an ihm liegt, herbeizuführen.

Zunächst kann aus der *Natur* des Mäklervertrages, aus dem durch den Zweck des Vertrages zwischen Auftraggeber und Mäkler von selbst gebotenen gegenseitigen Verhältnis auf eine Tätigkeits*pflicht* des letzteren geschlossen werden. Der Auftraggeber bedient sich, sei es wegen Zeitmangels, sei es wegen der ihm fehlenden Orts- oder Personenkenntnisse, zur schnelleren Erreichung seines Zweckes einer Zwischenperson, des Mäklers, der ihm entweder eine geeignete Person für den abzuschließenden Vertrag nachweisen oder — nach Fassung des Auftrages — sich weiteren Bemühungen zur Vermittlung eines Vertrages unterwerfen soll. Es wird daher der Auftraggeber dem Mäkler alles dasjenige offenbaren, was er zur Herbeiführung eines ihm günstigen Abschlusses für nötig hält; er wird ihm insbesondere aus dem Grade seiner Geneigtheit zum Vertragsabschlusse und dem Maße seiner Zugeständnisse, bis zu dem er gehen will, im Interesse einer schnelleren Abwicklung keinen Hehl machen. Diese Umstände lassen die große Vertrauensstellung, die der Mäkler einnimmt, zu Genüge erkennen. Daß dieser auf der andern Seite eine *Verschwiegenheits*pflicht, die das Interesse des Kommittenten erfordert, entspricht, liegt in der Natur der Sache begründet. Diese oberste Pflicht des Mäklers ist auch von jeher anerkannt worden.[1] Daß trotzdem der Auftraggeber in dem Maße

1) Vgl. Entscheid. d. OLG. Posen, 18. April 1902 Rechtsspr. d. OLG. Bd 6, S. 87, wonach Voraussetzung des Anspruches auf Mäkler

seiner Mitteilung an den Mäkler diejenige Zurückhaltung beobachtet, die er als zweckdienlich erachtet, ist leicht begreiflich. Werden daher die vertraulichen Äußerungen des Auftraggebers unter Umständen recht spärlich ausfallen, so beschränkt sich eben die Verschwiegenheitspflicht auf diese wenigen Mitteilungen. Wenn Siber[1] behauptet, daß sehr häufig eine Verschwiegenheitspflicht des Mäklers als unentbehrlich gilt, so kann dies nur dahin verstanden werden, daß es Fälle gibt, in denen der Auftraggeber dem Mäkler nichts anvertraut, und folgerichtig letzterer dann auch nichts zu verschweigen hat; dies vermag jedoch nicht eine bestehende Verschwiegenheitspflicht mit Bezug auf gemachte Äußerungen als Regel für die meisten Fälle in Abrede zu stellen.

Zu welchem Zwecke macht aber der Auftraggeber dem Mäkler solche vertrauliche Mitteilungen? Etwa damit dieser sie nicht verwertet? Soll es dem zwischen Auftraggeber und Mäkler entstandenen Verhältnis entsprechen, daß letzterer nach den vertraulichen Äußerungen zu handeln, sie im angegebenen Sinne zu verwerten, von seinem Belieben abhängig machen kann? Treffend bemerkt hierzu Crome:[2] „Gerade, wenn der Kommittent „genötigt war, dem Mäkler die vorbezeichneten Eröffnungen zu machen, so wird es als die Absicht der „Parteien anzusehen sein, daß sie nur dem gemacht „werden sollen, der sich auch seinerseits zur entsprechenden

lohn ist, daß der Mäkler nicht gegen die von ihm geschuldete Vertragstreue verstoßen hat, und wonach, wenn der Provisionsanspruch zwei Mäklern gemeinschaftlich zusteht, die Vertragsuntreue des einen den Provisionsanspruch auch für den andern beseitigt.

1) Siber, S. 19,1a.

2) Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 416.

„Verwertung der mitgeteilten Angaben verband, bezw. „zur Beseitigung der aufgedeckten Übelstände in der be„gehrten Richtung das Seinige zu tun versprochen hat.“ Es ist nicht anders anzunehmen, als daß der Mäkler, dessen Geschicklichkeit und Umsicht der Auftraggeber die Führung seiner ganzen Sache anvertraut, seinerseits verpflichtet wird, im Interesse des letzteren tätig zu werden; es ist dies „seine gewerblich übernommene „Leistung, die auch der Verkehr als die Obliegenheit des „Mäklers sattsam kennt.“ [1] Die Verpflichtung des Mäklers zu Bemühungen entspringt und entspricht daher dem natürlichen, zwischen Auftraggeber und Mäkler bestehenden Rechtsverhältnisse.

Allerdings kann dieses Rechtsverhältnis dahin geregelt werden, daß der Mäkler keine Tätigkeitspflicht übernimmt. [2] So sagen auch die Motive:[3] „Unleugbar „sind im praktischen Leben die Fälle nicht selten, in „welchen der Mäklervertrag die Bedeutung hat, von „denen das sächsische GB. 1255 und der Dresdener „Entwurf 675 ausgehen“, d. h., daß der Vertrag den Mäkler nur berechtigt, nicht verpflichtet. In diesen Fällen handelt es sich dann um einen einseitigen Vertrag; jedoch ist ein derartiger Abschluß nicht die Regel, noch viel weniger eine juristische Notwendigkeit. Wenn sich daher der Auftraggeber durch ausdrücklichen Ausschluß der Verpflichtung zu Bemühungen dieses Antriebes des Mäklers zur Tätigkeit aus irgend welchen Gründen begibt, so ist das seine Sache. Die Entscheidung der

1) Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 417.
2) Vgl. Matthias, S. 600 II.
3) Motive, S. 511.

Frage, welcher Antrieb für den Mäkler der stärkere ist, — entweder die Hoffnung auf Belohnung oder der in der klagbaren Verpflichtung liegende — ist für uns ohne Belang; beide bestehen. Ebensowenig wie die Lösung dieser Frage die Zweiseitigkeit des Werkvertrages umzustoßen imstande ist, vermag dieselbe die Regel der Zweiseitigkeit des Mäklervertrages zu beanstanden.[1]

Die rechtliche und praktisch wichtige Folge der oben erwähnten Tätigkeits- und Diskretionspflicht ist aber die, daß der Mäkler wegen Verletzung dieser Pflicht gegenüber dem Auftraggeber nach den allgemeinen Grundsätzen haftet.[2] Heute, wo im Gegensatz zum römischen Standpunkte der Mäkler eine Vertragsklage auf den Mäklerlohn hat, würde es, wie Dernburg[3] sagt, „der Gerechtigkeit und der Gleichberechtigung beider „Parteien wenig entsprechen, dem Auftraggeber die Ver„tragsklage gegen den Mäkler zu versagen". Diejenigen dagegen, welche den Mäklervertrag als einen einseitigen Vertrag auffassen, versagen in dieser Richtung, da der Mäkler hier nur nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen (§ 823 ff BGB.) haftbar ist. Es gibt aber Fälle, bei denen dem Auftraggeber ohne vorsätzliche Schadenszufügung seitens des Mäklers ein bedeutender Nachteil erwachsen kann, besonders überall da, wo dieser durch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht dem Interesse des Kommittenten zuwider handelt. Wie wollen nun die Vertreter der Theorie des einseitigen Vertrages hier eine Schadensersatzpflicht konstruieren? Diese ein-

1) a. M. Siber S. 23;
2) Vgl. Neumann § 652 I. S. 411.
3) Dernburg, das bürgerliche Recht S. 488.

fach verweigern und nur eine Haftung für Dolus und Delikt eintreten lassen, hieße nach Crome[1] „geradezu „eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben, „Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit im Rechtsverkehre „setzen". Es bleibt hier den Gegnern kein anderer Weg frei, als die Gestaltung des Mäklervertrages zu durchbrechen"[2] · d. h. mit andern Worten, ihn zum zweiseitigen Vertrage zu stempeln. Den Interessen des Auftraggebers kann nur in vollem Maße gedient werden, wenn der Mäkler jede Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach § 276 BGB. zu vertreten hat; er ist nicht nur wegen Vorsatzes aus unerlaubter Handlung, sondern wegen jeden Verschuldens bei Ausrichtung seiner Verpflichtung ersatzpflichtig. Siber leugnet diese Ersatzpflicht und tröstet den Auftraggeber damit, daß durch die Hoffnung auf Gewinn eines hohen Lohnes der Mäkler „die gleiche, „wenn nicht noch größere Vorsicht anwendet, wie im Falle „drohender Ersatzpflicht".[3] Hierin vor Allem findet er die „wirtschaftliche Berechtigung" der Höhe des Lohnes und erklärt, daß, wenn man die im § 655 BGB. dem Richter zugesprochene Befugnis, bei der Dienstmäkelei den übermäßigen Lohn herabzusetzen, auf alle Fälle des Mäklervertrages ausgedehnt hätte, „dessen wirtschaftliche „Brauchbarkeit nahezu aufgehoben worden wäre".[4] Was zunächst die Höhe des Lohnes betrifft, so soll sie eine Entschädigung bieten, für die vielen Fälle von erfolgloser Aufwendung von Zeit und Mühe, mit der in der Regel

---

1) Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 416.
2) Auerbach, S. 28.
3) Siber, S. 26.
4) Siber, S. 26.

jeder Mäkler rechnen muß.[1] Andererseits soll sie als Ausgleichung dienen für die Nachteile, die der Mäkler dadurch erleidet, daß der Auftraggeber infolge der im § 652 BGB. enthaltenen condicio iuris jedes abschlußreif angebotene Geschäft nach Belieben ablehnen kann. Hierdurch wird die Höhe des Mäklerlohnes gegenüber der Vergütung bei andern Arbeitsleistungen gerechtfertigt. Die im § 655 BGB. geschaffene Ausnahmevorschrift, daß der Richter bei der Dienstmäkelei einen übermäßig hohen Lohn herabsetzen kann, ist nur auf die Tatsache zurückzuführen, daß gerade bei der Vermittlung von Dienstverträgen (Schauspielerengagements, Stellenversorgung) die Übervorteilung der Dienstsuchenden seitens der Mäkler zu bekannt ist. Derartigen erfahrungsgemäßen Ausbeutungen ist durch § 655 BGB. ein Riegel vorgeschoben worden. Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit auch auf die übrigen Mäklergeschäfte auszudehnen, dazu lag noch kein Bedürfnis vor; sollte sich dies einmal als notwendig erweisen, so würde durch eine derartige gesetzliche Bestimmung ebensowenig die „wirtschaftliche Brauchbarkeit" des Mäklerlohnes aufgehoben werden, als dies jetzt bei der Dienstmäkelei der Fall ist; es würde hierdurch nur einem wucherischen Vorgehen ein Ziel gesteckt.

Gegen die vorhin erwähnte, durch die Natur des Mäklervertrages begründete Tätigkeits- und Diskretionspflicht und die daraus erwachsende Haftung des Mäklers wird vielfach ins Feld geführt, daß eine Klage gegen den Mäkler auf Erfüllung seiner Pflichten keinen praktischen

1) Was auch Siber zugesteht, S. 26.

Erfolg habe.[1] Die Tätigkeit des Mäklers ist ihrer Art und dem Umfange nach unbestimmt und unbestimmbar. Der Auftraggeber muß es dem Ermessen des Vermittlers überlassen, wie er den Erfolg auf die beste und schnellste Weise herbeizuführen gedenkt. Geschicklichkeit, Kenntnisse, Konnexionen usw. spielen hierbei eine große Rolle. Eine vom Auftraggeber nun erhobene Klage gegen den Mäkler auf Leistung der übernommenen Vermittlungstätigkeit wird den Vorschriften der Civilprozeßordnung oft nicht genügen können; denn nach § 253 CPO. muß der eingereichte Schriftsatz die bestimmte Angabe des Gegenstandes, des Grundes des erhobenen Anspruches, sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Eine Substanziierung der Klage wird aber wegen Angabe der einzelnen bestimmten Maßnahmen als Inhalt der vertragsmäßigen Verpflichtung meist sehr schwierig sein. Und selbst wenn eine derartige Klage wirksam erhoben wäre, würden sich einer etwaigen Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Handlung nach § 887 CPO. vielfach Schwierigkeiten entgegenstellen; denn die Vornahme der betreffenden Handlung wird bei der Vermittlung als solcher niemals vom Willen des Mäklers ausschließlich abhängen, wohl bei einzelnen zweckdienlichen Maßnahmen. Sieht man von diesen prozessualen Hindernissen, die sich der Durchführbarkeit einer Klage gegen den Mäkler in der Regel entgegenstellen, ab, so ist doch andrerseits im Prinzip nicht zu leugnen, daß eine solche Vertragsklage wegen unterlassener oder pflichtwidriger Vermittlertätigkeit begründet ist und rechtlich erhoben werden kann; es lassen sich jedenfalls Fälle denken, bei denen ein Erfolg

1) Rocholl, S. 82; Siber, S. 23.

zu bezeichnen wäre. Allerdings wird man aus praktischen Gründen dem Auftraggeber raten, weil eine erzwungene Tätigkeit seinen Interessen wohl wenig förderlich sein würde, dann zu § 283 BGB. seine Zuflucht zu nehmen.

Siber[1] erkennt ein Zwangsmittel des Auftraggebers gegen den Mäkler nicht an. Er sieht in dem Mäklerlohn nur das Inaussichtstellen einer Belohnung mit dem Zwecke, den Mäkler zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, ohne daß eine Verpflichtung zur Tätigkeit vorliegt. Das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Auftraggeber und Mäkler stellt er in Abrede, weil das BGB. nur da von einem Schuldverhältnis rede, „wo die Leistung auch dem Widerstrebenden gegen„über im Prozeßwege und geeignetenfalls durch Selbst„hülfe erzwungen werden kann.“[2] Ohne näher untersuchen zu wollen, ob sich das Wesen der Obligation in der Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung charakterisiert, also in der Haftung von Person und Vermögen des Schuldners für den Fall der Nichtleistung, oder ob nicht vielmehr das Recht der Zwangsvollstreckung nur wegen der Obligation und in ihrem Gefolge besteht, vermag auch diese Auffassung Sibers den Mäklervertrag nicht aus dem Rahmen der Schuldverhältnisse herauszustoßen. Denn, wie vorhin erwähnt, steht dem Leistensollen des Mäklers ein klagbares Recht des Auftraggebers auf Leistung gegenüber, und die Erzwingung dieses Rechtes auf dem Prozeßwege ist nicht rechtlich ausgeschlossen, sondern höchstens durch prozessuale Schwierigkeiten faktisch erschwert. Mag

1) Siber, S. 17 ff.
2) Siber, S. 68.

auch der in der klagbaren Verpflichtung liegende Antrieb des Mäklers zu Bemühungen gering sein, immerhin besteht er; durch die Höhe des Lohnes wird dieser Antrieb verstärkt, sodaß infolgedessen die Gefahr einer Untätigkeit selten vorliegt.[1]

Es liegt die Frage sehr nahe, weshalb das BGB. betreffs der Haftung des Mäklers keine dem § 98 HGB. entsprechende Bestimmung enthält.[2] Der Grund hierfür liegt in der verschiedenartigen Stellung und Tätigkeit des Handelsmäklers gegenüber der des Zivilmäklers. Ersterer tritt mit beiden Parteien, zwischen denen er vermittelt hat, in dasselbe Vertragsverhältnis; es ist gleichgültig, welche Partei zuerst den geschäftlichen Vermittlungsauftrag erteilt oder welcher er hauptsächlich zu statten kommt: der Mäkler kann von beiden Parteien, denen er gedient hat, gemäß § 99 HGB. den Mäklerlohn zur Hälfte verlangen. Nach den Grundsätzen des Zivilrechts dagegen tritt der Mäkler nur als Vermittler des ihn beauftragenden Kommittenten auf und hat auch nur gegen diesen einen Lohnanspruch (§ 652 BGB.). Es bedurfte daher für den Zivilmäkler keiner besonderen Vorschrift über dessen Haftung gegenüber dem Auftraggeber; dieselbe regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge.[3] Für den Handelsmäkler jedoch erschien in Anbetracht seiner eigentümlichen Haftung, die zwar auch ex contractu, aber gegenüber beiden Parteien besteht, eine besondere Bestimmung als gerechtfertigt. Crome[4] bemerkt hierzu:

1) Vgl. Siber S. 33 ff, der anscheinend einen Antrieb durch den Mäklerlohn und einen verstärkten durch die Höhe des Lohnes unterscheidet! Aber beide fallen doch stets in dem einen Mäklerlohn zusammen.
2) Vgl. Burchard, S. 290 ff.
3) Vgl. Neumann, § 652 I. S. 411.
4) Crome: Partiar Rechtsgesch. S. 416, Anm. 11.

„Dem Wesen des Zivilrechts widerspricht die gesetzliche „Subintelligierung eines doppelten (von beiden Seiten „gegebenen) Auftrages durchaus. Vor einer solchen „Kommerzialisierung des bürgerlichen Rechts ist nur zu „warnen". Allerdings kann es vorkommen, daß auch der Zivilmäkler von mehreren Personen Vermittlungsaufträge entgegennimmt, wobei Angebot und Nachfrage sich decken. In solchen Fällen ist der Mäkler für jeden Auftraggeber, falls keine Interessenkollision vorliegt, als selbständiger Vermittler anzusehen und daher berechtigt, von einer jeden Partei, der er durch die Vermittlung gedient hat, den vollen Mäklerlohn zu beanspruchen. (§ 652 BGB.) Umgekehrt steht jedem Kommittenten gegenüber dem Mäkler eine Einrede zu, falls dieser wegen Interessenkollision die übernommene Vertragspflicht verletzt. Der Auftraggeber, welcher die Tätigkeit des Mäklers zuerst in Anspruch nahm, kann von ihm verlangen, daß sein Interesse besonders vertreten und der Abschluß des Vertrages in einem für ihn möglichst günstigen Sinne herbeigeführt werde. Stellt der Mäkler sich zugleich in den Dienst der andern Partei, so handelt er pflichtwidrig; „denn die Annahme der Übertragung auch von dem „andern Teile und darin liegendes Tätigwerden schließt „Nichterfüllung der zuerst übernommenen Leistung ein, „und der Anspruch auf Mäklerlohn besteht dann gegen„über dem ersten Auftraggeber nicht. (§§ 242, 276, 325, „327 BGB.) Diese sich aus allgemeinen Grundsätzen „ergebende Folge setzt § 654 BGB. ausdrücklich fest".[1]

Weitere Beweise für die zweiseitige Natur des Mäklervertrages liefert der Gesetzestext selbst; aus dem

1) Matthiaß, 1. Bd. § 124 IV. C. S. 602.

Wortlaute des BGB. kann auf eine Tätigkeitspflicht des Mäklers geschlossen werden.

In § 652 BGB. wird ein Mäklerlohn versprochen für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß oder für die Vermittlung eines Vertrages. Wäre die Tätigkeit des Mäklers in condicione, so hätte der Gesetzgeber genauer statt des Wörtchens „für" die Worte „für den Fall" setzen müssen. Hierdurch erschiene die Tätigkeit des Mäklers als eine bedingte, von seinem Belieben abhängige. Die jetzige Fassung läßt jedoch deutlich erkennen, daß, wenn für das Nachweisen oder für das Vermitteln ein Lohn gezahlt wird, die Arbeit des Mäklers nicht als ein Bedingungsumstand, sondern als eine Leistung anzusehen ist, der gegenüber der Mäklerlohn als die versprochene Gegenleistung erscheint. Man vergleiche auch dieselbe Wortfassung in § 685 BGB., Vergütung für die Dienste, § 689 Vergütung für die Aufbewahrung, § 641 Vergütung für die einzelnen Teile des Werks, wo es sich überall um eine gesetzliche Leistung des Schuldners handelt".[1]

Ferner spricht § 654 BGB. von einer dem Mäkler „übertragenen Leistung". Das Wort Leistung bildet im Obligationenrecht einen feststehenden Begriff, und zwar versteht man hierunter den Gegenstand des Forderungsrechtes: die vorzunehmende Handlung oder die zu fordernde Unterlassung des Schuldners. Es muß also zwischen Mäkler und Auftraggeber ein Schuldverhältnis bestehen, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, die Leistung zu fordern. (§ 241 BGB.) Die von seiten des Mäklers geschuldete Leistung ist aber nichts

1) Vgl. Lotmar, S. 284 Nr. 1.

anderes als die Ausübung der Vermittlertätigkeit. Durch die Hinzufügung des Wortes „übertragene" ist angedeutet, daß nur derjenige Mäkler die Vergütung beanspruchen kann, der durch Vertrag den Auftrag der Vermittlung erhalten hat.[1] Wenn Siber eine Verpflichtung des Mäklers leugnet und argumentiert: „die Worte, dem Mäkler übertragene Leistung deuten nur an, daß die Leistung vom Auftraggeber gewollt ist",[2] so ist dies die richtige Auslegung für das Wort „übertragene"; wenn er aber weiter fortfährt, jene Worte sollten nicht etwa besagen, daß die Leistung „Gegenstand einer Verpflichtung des Mäklers sei", so schlägt er sich mit eigenen Worten: eine Leistung des Schuldners, die gleichzeitig nicht als seine Verpflichtung bestehen soll, ist eine contradictio in adiecto. Unter „Leistung" versteht, wie oben erwähnt, das BGB. stets etwas in obligatione, nie in condicione Befindliches.

Weiter ist aus dem Wortlaute des § 654 BGB, wonach der Anspruch auf Mäklerlohn ausgeschlossen ist, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den andern Teil tätig gewesen ist, zu folgern, daß der Mäkler für seinen Auftraggeber tätig ist. Siber[3] erklärt nun mit Bezug auf obige Gesetzesstelle, es sei damit nur gesagt, daß eine vertragswidrige Tätigkeit „im Zweifel vom Auftraggeber nicht gewollt sei". Aber diese Auslegung berührt ja die Tätigkeitspflicht des Mäklers überhaupt nicht, sondern nur die Art der Tätigkeit; der Beweis für die Tätigkeitspflicht ist nur

1) Vgl. Entsch. d. OVG. Posen v. 31. 1. 1902 in Rechtsspr. der OVG Bd. 4, S. 239.

2) Siber, S. 19.

3) Siber, S. 19.

dem Wörtchen „auch“ zu entnehmen, auf das Siber gar nicht eingeht.

Die bisher vorgebrachten Beweise führen zu dem Ergebnis, daß wir es beim Mäklervertrag mit einem zweiseitigen Vertrage zu tun haben, der auf der einen Seite den Auftraggeber zur Ausantwortung des versprochenen Lohnes, auf der andern Seite den Mäkler zum Tätigwerden zwecks Herbeiführung des Erfolges und zur Beobachtung von Sorgfalt und Treue bei Ausführung des Geschäftes verpflichtet.

c) Abgrenzung von verwandten Verträgen.

Erscheint nach den bisherigen Ausführungen die Gegenseitigkeit des Mäklervertrages nicht mehr als zweifelhaft, so ist damit die Frage noch nicht entschieden, ob derselbe als ein eigenartiger, selbständiger Vertragstypus, oder als eine Erscheinungsform eines bekannten andern Kontraktes anzusehen ist. Die Grundsätze, die den Mäklervertrag beherrschen, bringen ihn in nahe Beziehung zu andern Rechtsinstituten; es wird daher zur Lösung obiger Frage eine vergleichende Betrachtung mit verwandten Vertragsarten notwendig sein.

Dem Auftrag (§ 662 BGB.) steht der Mäklervertrag weniger nahe; denn bei jenem ist die unentgeltliche Übernahme der beauftragten Tätigkeit ein essentiale des Vertrages, während bei diesem die Entgeltlichkeit — der Mäklerlohn — ein wesentliches Moment bildet. Ein rechtlicher Anspruch auf eine Vergütung, sei es als Lohn oder Honorar, ist dem Wesen des Auftrages fremd. Allerdings ist eine nachträgliche, freiwillige Vergütung

mit dem Auftrage wohl vereinbar; man wird hierin nach Matthiaß[1] eine „renumeratorische Schenkung" erblicken. Der Mäklerlohn dagegen trägt gar nicht den Charakter eines Geschenkes an sich; er ist vielmehr eine reine Vergütung für die geleistete Arbeit, auf dessen Auszahlung der Mäkler einen rechtlichen Anspruch hat und ohne dessen Inaussichtstellung er eine Tätigkeit überhaupt nicht entfalten würde. Hierdurch unterscheiden sich genannte Rechtsinstitute prinzipiell und augenscheinlich.

Näher scheint das verwandtschaftliche Verhältnis des Mäklervertrages zum Dienstvertrage. Allein bei dem letzteren wird eine Vergütung gewährt für die Dienste, d. h. für die Arbeitsleistungen als solche; beim Mäklervertrag dagegen wird der Erfolg, nämlich der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder die Vermittlung eines Vertrages, honoriert. Während demnach der Dienstberechtigte für die ihm bereits geleisteten Dienste den Lohn unter allen Umständen entrichten muß, weil das Arbeiten selbst Gegenstand der Leistung ist, kann der Mäkler, wenn er den gewünschten Erfolg nicht herbeiführt, für seine, wenn auch noch so mühevolle Tätigkeit einen begründeten Anspruch nicht erheben. Weiterhin ist das persönliche Verhältnis zwischen dem Dienstverpflichteten und Dienstberechtigten ein grundsätzlich anders gestaltetes als dasjenige zwischen Mäkler und Auftraggeber. Das erstere ist ein gewisses Subordinations- und Treupflichtverhältnis, das dem Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten noch häufig „die „autoritative Stellung des Herrn gegenüber dem Diener „verschafft. Eben darum war beim Dienstvertrage für

1) Matthiaß, Bd. I, § 125 I B., S. 605.

„den Gesetzgeber auch Veranlassung gegeben, Schutz-
„vorschriften zu Gunsten des Verpflichteten zu schaffen
„und die Wirksamkeit dieser Vorschriften dadurch zu
„sichern, daß er sie mit der Gewalt des ius cogeus
„ausstattete.“ [1] Der Mäkler hingegen steht zu seinem Auftraggeber in keinem Abhängigkeitsverhältnisse; von einer Fürsorgepflicht des letzteren ist daher hier gar keine Rede.

Somit erhellt, daß Dienstvertrag und Mäklervertrag zwei Rechtsgebilde mit verschiedenartigen Grundsätzen sind; der Gesetzgeber hat sie äußerlich und innerlich streng geschieden und ihnen selbständige Rechtswirkungen beigelegt. Wenn, wie Siber als Beispiel anführt,[2] der Mäkler ohne Rücksicht auf den Erfolg eine Vergütung erhalten soll, etwa in der Form von Spesen für seine tägliche Arbeit — sei es, daß diese Vergütung im Fall des Erfolges auf den Mäklerlohn anzurechnen ist oder nicht —, so liegt nicht, wie er annimmt, eine Vereinigung von Mäklervertrag und Dienstvertrag vor, sondern ein reiner Dienstvertrag; denn, wie vorhin bemerkt, bildet das gerade einen charakteristischen Unterschied zwischen den beiden Verträgen, daß bei dem einen die Dienste ohne Rücksicht auf den Erfolg, bei dem andern der bloße Erfolg, ohne Rücksicht auf die Dienste vergütet werden. Weil die Tätigkeit des Mäklers schwer kontrolierbar und infolgedessen eine gerechte Abwägung und Abfindung der aufgewandten Bemühungen nicht leicht ist, haben diese Umstände dazu geführt, nicht die einzelnen geleisteten Dienste, sondern den tatsächlichen Erfolg des Mäklers als

1) Riezler, S. 45.
2) Siber, S. 20, b, α.

maßgebend zu betrachten und nur hierfür einen Anspruch auf Vergütung zu begründen. Das Riskieren von Mühe und Arbeitszeit bildet daher das Charakteristische des Mäklervertrages, und in dieser aleatorischen Natur desselben liegt der größte Unterschied vom Dienstvertrage. Es ist in dem obigen, von Siber ausgedachten Falle nur eine Umwechslung des Wortes „Vergütung" mit „Mäklerlohn" vorgenommen worden; in Wahrheit ist dieser „Mäklerlohn", der bei Herbeiführung des Erfolges gezahlt werden soll und der eventuell — falls die Vergütung der Dienste auf denselben angerechnet werden — überhaupt nicht zur Auszahlung kommt, nichts anders als eine erhöhte Schlußvergütung. In ähnlicher Weise wird man bei der unentgeltlichen Übernahme einer Nachweis- oder Vermittlertätigkeit nicht von einer Vermischung von Mäklervertrag und Auftrag sprechen, sondern nur von einem Auftrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

Schwieriger, weil näher verwandt, liegt die Abgrenzung des Werkvertrages vom Mäklervertrage. Er ist jedenfalls derjenige Kontrakt, der mit dem letzteren die größte Ähnlichkeit aufzuweisen hat. Diese nahe Beziehung zu einander haben auch viele Schriftsteller hervorgehoben.[1]

Eine sofort in die Augen springende Übereinstimmung bei beiden Verträgen zeigt sich darin, daß für einen herbeizuführenden Erfolg eine Vergütung geschuldet wird, daß also für fruchtlos geleistete Arbeit kein begrün-

1) Cosack, Lehrb. d. Deutsch. b. R. S. 557, Nr. 2; Crome, System d. Deutsch b. R. S. 707, Nr. 1; Enneccerus-Lehmann, S. 692; Dertmann S. 378; Kuhlenbeck S. 532.

deter Anspruch erhoben werden kann. Das Feld für den herbeizuführenden Erfolg ist jedoch beim Werkvertrag, ein weit größeres als beim Mäklervertrag. Bei letzterem ist das Resultat der Bemühungen ein lediglich ideelles und als solches noch beschränkt auf die Fälle des Nachweises zum Abschluß eines Vertrages oder der Vermittlung desselben. Gegenstand des Werkvertrages ist dagegen sowohl die Herstellung und Veränderung einer Sache, als jeder andere, besonders immaterielle Erfolg, gleichviel ob höherer oder niederer Art. Zudem ist der Erfolg beim Werkvertrag als ein auf dem alleinigen Wollen und Können des Unternehmers oder seiner Erfüllungsgehülfen beruhender, von jedem andern Faktor, besonders dem des Bestellers unabhängiger zu bezeichnen; beim Mäklervertrag dagegen ist der Erfolg, welcher in der Willenseinigung der Kontrahenten gipfelt, bei aller Geschäftserfahrung, Geschicklichkeit und Mühewaltung des Mäklers von jenen mit abhängig.

Endlich hat nach § 640 BGB. der Besteller beim Werkvertrag die Verpflichtung, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Die Abnahmepflicht bildet demnach die Regel, ihr Wegfall die Ausnahme, welche als solche der Besteller zu beweisen hat. Beim Mäklervertrag dagegen ist eine Abnahmepflicht des Auftraggebers nicht vorhanden; ja es ist gerade zu durch die beigefügte condicio iuris, wonach es ins Belieben des Auftraggebers gestellt ist, das vom Mäkler als abschlußreif angebotene Geschäft anzunehmen oder nicht, das Gegenteil der für den Werkvertrag aufgestellten Regel als characteristicum des Mäklervertrages gesetzlich

bestimmt worden.[1] Dieser grundsätzliche Unterschied macht auch Siber,[2] der bei einer angenommenen Tätigkeitspflicht des Mäklers einen Werkvertrag als vorliegend erachten möchte, bei seiner Konstruktion Schwierigkeit. Er sagt deshalb: ob ein Mäklervertrag mit einem Abkommen, wonach der Mäkler zum Tätigwerden verpflichtet wird, „als Werkvertrag anzusehen ist, wird nur davon „abhängen, ob jener Annahmezwang beim Werkvertrag „unbeschadet seines Wesens ausgeschlossen werden kann". Schon § 640 BGB. sagt, daß es Fälle gibt, bei denen eine Abnahmepflicht ausgeschlossen ist. Die Abnahme enthält zwei Momente: die körperliche Übernahme und die Anerkennung der Leistung als Erfüllung.[3] Die Leistung besteht in einem durch Arbeit herbeizuführenden materiellen oder immateriellen Erfolge. Bei letzterem würde eine körperliche Übernahme nicht möglich sein, vielmehr der Schwerpunkt auf die Anerkennung der Leistung fallen. Bei Durchführung dieses Prinzips wäre eine Abnahme stets möglich; das Gesetz hat sich aber offenbar auf einen andern Standpunkt gestellt, da es in § 640 BGB. auf Fälle hinweist, bei denen eine Abnahme ausgeschlossen ist. Daher sagt Planck,[4] eine Abnahme ist begrifflich nur möglich, „wenn eine körperliche Wegnahme oder Hinnahme stattfinden kann". Riezler[5] führt hiergegen an, „daß an dem Momente

1) Vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd, 4, S. 48, wonach der Mäkler stets damit rechnen muß, daß der Auftraggeber seinen Auftrag jederzeit zurückziehen kann.

2) Siber, S. 21.

3) Riezler, S. 135.

4) Planck, S. 381, 1b.

5) Riezler, S. 137.

„der körperlichen Hinnahme, von welchem ja das Gesetz „selbst überhaupt nicht spricht, sondern das erst aus einer „wissenschaftlichen Zergliederung des Abnahmebegriffes „sich ergibt, nicht so rigoros gehaftet werden solle". Aber auch er gibt zu, daß die Abnahme, wenn auch zunächst ein Akt der Anerkennung, doch „mit einem körperlichen „Gewaltverhältnisse zur Sache verbunden sein muß".[1] Nach dieser Auffassung des Begriffes der „Abnahme" kann eine solche bei dem als Werkvertrag behandelten Mäklervertrag nicht stattfinden; der Meinung Siber's, daß beim Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsschluß oder bei der Vermittlung eines solchen eine Abnahme „sehr wohl möglich"[2] sei, kann daher nicht beigestimmt werden.

Aber selbst wenn, wie im vorliegenden Falle, die Abnahme ausgeschlossen ist, und daher äußerlich eine Übereinstimmung zwischen Mäklervertrag und Werkvertrag vorhanden zu sein scheint, tritt doch in den rechtlichen Folgen die grundsätzlich verschiedene Natur der beiden Verträge zu Tage. Ist die körperliche Abnahme des Werkes erfolgt, so trifft den Besteller nach § 363 BGB. die Beweislast, wenn er die als Erfüllung angenommene Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen ist. Ferner geht nach § 644 BGB. mit der Abnahme des Werkes die Gefahr auf den Besteller über, und gemäß § 638 BGB. beginnt mit der Abnahme die Verjährung wegen etwaig zu erhebender Mängelansprüche. Ist nun die Abnahme ausgeschlossen, so steht dem Unternehmer kein direktes Mittel

1) Riezler, S. 137.
2) Siber, S. 22.

zur Verfügung, um die Anerkennung seiner Leistung und die damit verbundenen, vorerwähnten Wirkungen zu erzwingen; aber es bleibt ihm doch die Klage auf die Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Diese Klage ist beim Mäklervertrag ausgeschlossen; der Mäkler besitzt kein Mittel, welches den Auftraggeber zur Anerkennung einer vertragsmäßig geleisteten Arbeit und zur Auszahlung der versprochenen Mäklergebühr zwingen könnte. Die condicio iuris im § 652 beseitigt jeden Anspruch. Ferner kann beim Werkvertrag der Unternehmer nach § 645 Abs. 1, falls ihn kein Verschulden trifft, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht einbegriffenen Auslagen verlangen, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist. Derartige Ansprüche stehen dem Mäkler nicht zu, wenn seine Bemühungen durch den willkürlichen Willensakt des Auftraggebers fruchtlos werden, und Aufwendungen sind ihm nur zu ersetzen, wenn es besonders vereinbart ist. (§ 652 Abs. 1 BGB).

Siber sucht nun einen Werkvertrag zu konstruieren, bei dem durch eine beigefügte Parteibedingung die Annahmepflicht des Bestellers wegfallen soll und bezeichnet eine derartige Vereinbarung als einen „durch Billigung „aufschiebend bedingten Werkvertrag, verbunden mit einer „auf Herstellung einer bildungsfähigen Arbeit gerichteten „Nebenabrede." [1] Abgesehen davon, daß ein derartiger „Werkvertrag" wegen der eigentümlichen Vertragsstellung des Unternehmers in der Praxis wohl selten zum Ab-

1) Siber, S. 21 ff.

schluß kommen wird, würde diese juristische Konstruktion eine Ausnahme zu den Regeln des Werkvertrages schaffen, wenn überhaupt jene hinzugefügte Bedingung, wonach der Besteller nur „nach Gefallen" anzunehmen braucht, mit dem Wesen des Werkvertrages vereinbar ist. Der § 640 BGB. kennt einen Wegfall der Annahmepflicht nur für den Fall, daß die Beschaffenheit des Werkes dieselbe ausschließt: aber selbst in diesem Falle bleiben dem Unternehmer die früher aufgeführten Ansprüche auf Zahlung der Vergütung usw., während nach Siber bei der Annahmeverweigerung „keiner vom andern etwas zu fordern hat." Außerdem ist noch zu bemerken, daß hier durch eine künstlich beigefügte Suspensivbedingung, die sich im Gegensatz zu dem eigentlichen Vertragscharakter stellt, der Werkvertrag zu einem Mäklervertrag gestempelt werden soll, d. h. zu einem Vertragstypus, der, nach § 652 BGB. mit einer condicio iuris ausgestattet, als eigenartiger vom Gesetzgeber gewollt und zur Regel erhoben worden ist. Zudem finden die Vorschriften über die Bedingung auf die condicio iuris im allgemeinen keine Anwendung; es können daher verschiedenartige Rechtswirkungen eintreten. Aus diesen Gründen kann ich der Ansicht Siber's nicht beitreten, wonach „zwischen einem durch den Abschluß mit dem Dritten bedingten Werkvertrage mit der angegebenen unbedingten Nebenabrede und einem Vertrag mit dem Mäkler, der diesen zu Bemühungen verpflichtet, und ihm nur für den Fall des Erfolges einen Gegenanspruch gibt, kein Unterschied zu finden sei." [1]

Nach dieser vergleichenden Betrachtung zwischen Werk-

1) Siber, S. 22.

vertrag und Mäklervertrag wird man zu dem Resultate gelangen, daß beide Verträge, wenn sie auch auf den ersten Blick als nahe verwandt erscheinen, doch verschiedener Natur sind; sie stehen sich nur „hinsichtlich ihres ideellen Zieles innerlich nahe.“[1] Es ist daher die Ansicht, den Mäklervertrag bald als Werkvertrag, bald als eine Abart des letzteren zu konstruieren,[2] zu verwerfen.

§ 6.

Stellung im Rechtssystem: eigener Vertragstypus.

Die vorigen Ausführungen drängen zu dem Ergebnis, daß wir es bei den eigenartigen, selbständigen Rechtsgrundsätzen des Mäklervertrages auch mit einem eigenen Vertragstypus zu tun haben. Zeigt derselbe auch mit verschiedenen andern Rechtsinstituten eine gewisse Ähnlichkeit, so berechtigt dies doch nicht, ihm durch gewaltsam angepaßte, von verwandten Kontrakten hergeholte Grundsätze das Gewand eines vermischten oder abgeleiteten Vertrages anzulegen. Seine im Verkehrsleben entstandenen und der Verkehrsanschauung entsprechenden Rechtsregeln verlangen eine besondere Stellung im Rechtssystem. Diese Ansicht ist auch früher bereits von mehreren Juristen vertreten worden.[3]

Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch war das erste, welches dem Mäklervertrag im „Recht der Forderungen“ einen eigen Platz anwies. Unser BGB. ist diesem Beispiele gefolgt, und aus der Stellung, die der Mäkler-

1) Leyser, S. 9.

2) Oertmann, S. 329, Düringer-Hachenburg, S. 282.

3) Vgl. Riesenfeld, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 37, S. 55; v. Koenig-Fachsenfeld, S. 126.

vertrag im System, dem prägnantesten Ausdrucksmittel des Gesetzgebers, einnimmt, ist schon der äußere Beweis gegeben, daß unser jetziges Recht die selbständig rechtliche Natur des Vertrages anerkannt hat. Koordiniert mit Dienst- und Werkvertrag, widmet ihm der Gesetzgeber einen eigenen Titel und legt dem Begriffe des Vertrages einen besonderen Tatbestand zu Grunde. Es ist auch kein Paragraph vorhanden, wonach gewisse Vorschriften des Dienst- oder Werkvertrages auf den Mäklervertrag Anwendung finden sollen, wie etwa nach § 675 BGB. einige Regeln des Auftrages auf Dienst- und Werkvertrag zu übertragen sind.

Der Mäklervertrag gehört vielmehr als ein eigener Vertragstypus zu der Kategorie der Arbeitsverträge.

Unter einem Arbeitsvertrag ist zu verstehen „ein „gegenseitiger obligatorischer Vertrag, in welchem die „Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den „einen und die Leistung von Entgelt durch den andern „vereinbaren".[1] Aber nicht jede Arbeit, die geleistet wird, bildet den Gegenstand eines Arbeitsvertrages. Zunächst ist ausgeschlossen jene Arbeit, die jemand freiwillig für sich oder in eigenem Namen verrichtet; weiterhin diejenige, welche für die Familie, für Angehörige oder aus freundschaftlichen Motiven für andere geschieht. Die letztere kann zwar auf rechtlichen Pflichten beruhen, ist aber doch nicht als eine aus einem Arbeitsvertrage geschuldete anzusehen.

Von andern Kontrakten wie Kauf, Pacht, Miete u. s. w, bei denen auch Arbeit geleistet wird, unterscheidet sich der Mäklervertrag dadurch, daß bei jenen die

1) Lotmar, S. 32.

Arbeit nur als Nebenleistung erscheint, welche rechtlich von untergeordneter Bedeutung ist, während bei diesem die Arbeit die Hauptleistung bildet, um derentwillen der Vertrag geschlossen wurde. Ferner fehlt der Arbeit bei den Arbeitsverträgen ein Moment, welches zum Beispiel der Leistung bei Kauf, Miete u. s. w. als wesentlicher Bestandteil anhaftet: der Vermögensaufwand. Beim Arbeitsvertrag soll der Schuldner nicht etwas aus seinem Vermögen hergeben, sondern die Leistung besteht hier in einer von der Person ausgehenden Tätigkeit, bei der eine Änderung im Vermögen nicht einzutreten braucht.

Diese Arbeit, welche Lotmar definiert als jede „Tätigkeit eines Menschen, die ein fremdes Bedürfnis zu „befriedigen vermag und für welche erfahrungsgemäß „irgend wann oder wo ein Entgelt geboten wird",[1] läßt sich zergliedern in solche, die auf die Dauer bemessen ist oder nicht. Bei ersterer nennt man den Entgelt „Zeitlohn", bei letzterer „Akkord". Der Unterschied zwischen beiden Formen der Arbeitsleistung tritt am deutlichsten in der Verschiedenheit der Rechtsfolgen zu Tage. Wo, wie beim Zeitlohn, der Entgelt für die Dauer der Arbeit entrichtet wird, so daß also der Erfolg der Arbeit in das Entgeltverhältnis nicht einbezogen ist, tritt das Ergebnis der Arbeit zurück Der Arbeitgeber rechnet hier auf die Arbeitskraft des Arbeitsnehmers, die ihm zur Verfügung gestellt ist; der Arbeitnehmer handelt mehr nach den einzelnen Instruktionen des Arbeitsgebers, weshalb dieser auch das Risiko des Erfolges trägt. Wo aber, wie beim Akkord, der Entgelt mit dem Erfolg der Arbeit verknüpft

1) Lotmar, S. 72.

ist, tritt die Arbeit als solche gegenüber dem Ergebnis zurück. In diesen Fällen tritt die größere Selbständigkeit des Arbeitsnehmers hervor, der mehr als Unternehmer der Arbeit gilt. Die Vergütung ist hier bestimmt für die Arbeit samt dem Erfolg, so daß der Arbeitnehmer das Risiko des Erfolges trägt.

Der Entgelt, d. h. die vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer zu machende Leistung, kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Voraussetzung für letztere Art der Vereinbarung ist, daß

1. Arbeit vereinbart worden ist — denn ohne Arbeit kein Entgelt;
2. die Arbeit nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten ist und gegen Entgelt geleistet werden soll.

Da, wie bemerkt, der Entgelt nur eine Gegenleistung für die Arbeit ist, kann für Aufwendung von Auslagen, die keine Arbeit sind, ein Entgelt nicht gefordert werden. Es kann aber eine Vereinbarung auf Ersatz der Auslagen zwischen den Parteien getroffen werden; jedenfalls ist dieselbe für den Arbeitsvertrag unwesentlich.

Einen solchen Typus von Arbeitsvertrag hat unser BGB. im Mäklervertrag geschaffen. Als Arbeitnehmer erscheint der Mäkler; er verpflichtet sich dem Arbeitgeber — dem Auftraggeber — zur Leistung einer Arbeit: der Erbringung des Nachweises der Gelegenheit zu einem Vertragsabschlusse oder der Vermittlung eines solchen. Die Arbeit besteht also in der Herbeiführung eines immateriellen Erfolges; wir haben es demnach mit einem Akkordlohnvertrag zu tun. Der Mäkler trägt das Risiko des Erfolges, und zwar ist dasselbe durch die im § 652

BGB. enthaltene condicio iuris noch erhöht. Dieser anscheinend geringen Aussicht auf Gewinn steht, wie früher bemerkt, auf der andern Seite die Höhe des Lohnes, der meistens in partiarischer Gestalt gewährt wird, ausgleichend gegenüber; außerdem ist noch zu berücksichtigen, daß der Mäkler den Lohn bei eingetretenem Erfolge ohne Rücksicht auf den Umfang seiner Tätigkeit verlangen und oft sehr schnell, besonders bei Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage in seiner Hand, verdienen kann. Im übrigen wird der Auftraggeber in seinem eigenen Interesse möglichst schnell bei günstiger Gelegenheit den Vertragsabschluß herbeiführen; zudem schützen den Mäkler gegen eine etwaige Schädigungsabsicht des Auftraggebers die §§ 823 ff. BGB.

Daß die Arbeit des Mäklers nicht in condicione, sondern in obligatione besteht, daß er also durch den Vertrag zum Schuldner wird und daher nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen haftet, ist bereits an früherer Stelle nachgewiesen worden.[1]

Der Arbeit des Mäklers entspricht auf der andern Seite der Entgelt des Auftraggebers als Gegenleistung. Die Vereinbarung des Entgelts kann, wie bei allen Arbeitsverträgen, so auch hier gemäß § 653 BGB. stillschweigend getroffen werden. Der oben angedeutete Unterschied zwischen Arbeit und Aufwendungen tritt auch beim Mäklervertrag juristisch hervor: nach § 652 Abs. 2 BGB. sind die letzteren nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist, in diesem Falle selbst dann, wenn ein Erfolg des Mäklers nicht zu verzeichnen ist.

1) Vgl. Entsch. d. OLG. Dresden, Rechtsp. d. OLG. Bd. 2, S. 119, wonach der Mäkler den Lohn nicht verlangen kann, wenn er arglistig oder auch nur fahrlässig handelt.

Zur Beanspruchung des Mäklerlohnes ist, wie früher besprochen, der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Zustandekommen des Vertrages bezw. dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrages erforderlich.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß das BGB. im Mäklervertrag einen besonders benannten, nach Tatbestand und Rechtswirkungen auf eigenen Füßen stehenden und zur Kategorie der Arbeitsverträge gehörenden Vertrag aufgestellt hat. „Indem es im § 611 erklärt, Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein und im § 631, „Gegenstand des Werkvertrages kann . . . . ein anderer, „d. h. jeder andere durch Arbeit herbeizuführende Erfolg „sein, hat es zwar deutlich gemacht, daß es keine positive Anforderung an die Art der Arbeit stellt, auf „daß sein Dienstvertrag oder sein Werkvertrag aufkomme. „Es hat aber andererseits durch die Aufstellung des „Mäklervertrages . . . . ebenso deutlich gemacht, daß die „Arbeit, um Gegenstand eines Dienst- oder eines Werk„vertrages zu sein, nicht . . . . Mäklerarbeit sein dürfe.“[1]

1) Lotmar, S. 289.

§ 7.

Welchen Regeln untersteht der Vertrag im übrigen?

Wenn auch unser heutiges B.G.B., wie es aus den Beratungen der „Reichstagskommission" hervorgegangen ist, im Gegensatz zu den vorhergehenden Entwürfen dem Mäklervertrage eine umfangreichere Fassung beschieden und ihm alles Nötige gegeben hat, damit er als selbstständiger Vertragstypus erscheine, so sind doch noch einige Rechtsverhältnisse dieses Vertrages in den §§ 652—656 BGB. nicht näher geregelt worden.

Es handelt sich vornehmlich um die verschiedenen Endigungsgründe des Vertrages. Wie der Vertrag durch consensus geschlossen worden ist, so kann er natürlich zu jeder Zeit durch mutuus dissensus wieder aufgehoben werden; ebenfalls braucht es kaum erwähnt zu werden, daß mit der Erfüllung der Aufgabe seitens des Mäklers oder durch Unmöglichkeit der Leistung wie z. B. Untergang des Vertragsobjekts, der Vertrag endigt.

Beim Tode des Auftraggebers wird das Vertragsverhältnis enden, wenn dadurch eine Erfüllung des Vertrages als unmöglich oder ausgeschlossen erscheint, z. B. bei der Gesindevermittlung. Rocholl[1] will auch in jedem andern Falle den Vertrag durch Tod des Auftraggebers

1) Rocholl, S. 96.

aufgehoben wissen und zwar „weil sein (des Auftraggebers) „Wille, das zu vermittelnde Rechtsgeschäft einzugehen, „nicht für die Erben bestimmend ist, und daher der Kausal„nexus zwischen der Vermittlertätigkeit und dem etwaigen „Geschäftsabschlusse der Erben nicht vorhanden sein kann". Demgegenüber ist jedoch zu bemerken, daß, wie bei allen Verträgen, so auch hier Rechte und Pflichten auf die Erben übergehen. Auch hat sich die oberste Rechtsprechung dahin ausgesprochen.[1]

Der Tod des Mäklers wird stets die Auflösung des Vertrages herbeiführen, „da die Voraussetzung, von welcher „der Anspruch des Mäklers abhängt, an seine Person „geknüpft ist".[2] Der Auftraggeber hat die Wahl, welche Person er mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt und nur das Vertrauen auf die individuellen Eigenschaften des Mäklers wird bei seiner Auswahl leitend sein. Aus diesem persönlichen Verhältnis des Auftraggebers zum Mäkler heraus wird daher der Tod des letzteren den Vertrag stets enden.

Da eintretende Geschäftsunfähigkeit dem Tode hinsichtlich der Wirkungen gleichzustellen ist, werden in solchem Falle die vorhergehenden Gesichtspunkte auf beide Parteien analoge Anwendung finden.

Beim Konkurs des Auftraggebers wird zu untersuchen sein, ob durch die etwaige Vermittelung des Vertrages ein Gegenstand betroffen wird, der zur Konkursmasse gehört. Alsdann verliert nach § 6 der RKO. der Gemeinschuldner das Recht über den Gegenstand zu verfügen. Infolgedessen wird der Auftrag des Mäklers

1) Entsch. d. RG. Bd. 44 S. 255, Bd. 47 S. 253.
2) Planck, S. 394.

erlöschen. § 17 der RKO. kommt wegen der rein persönlichen Natur des Vertrages nicht in Betracht.

Gerät der Mäkler in Konkurs, so bleibt die Konkurseröffnung auf den Mäklervertrag ohne Einfluß, da der Mäkler hierdurch seine Geschäftsfähigkeit nicht verliert; nur dessen persönliche Fähigkeit und Tätigkeit ist für den Auftraggeber bestimmend, an der Zahlungsfähigkeit dürfte ihm wenig gelegen sein.

Was endlich das freie Rücktrittsrecht der Parteien anbelangt, so wird man dies dem Auftraggeber unbedingt zuerkennen müssen; er hat schon nach § 652 BGB. das Recht, nach freiem Ermessen seine Einwilligung zu dem vom Mäkler als abschlußreif angebotenen Geschäfte zu geben, wie auch andrerseits der Mäkler ihn zur Fortführung oder Eingehung des vorbereiteten Geschäftes nicht zwingen kann. Es wird daher der Auftraggeber jederzeit den erteilten Auftrag entweder durch ausdrücklichen Widerruf oder durch stillschweigende Handlungen zurücknehmen können. Macht dagegen der Auftraggeber von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch, um die bereits verdiente Gebühr des Mäklers zu vereiteln, so wird der Lohnanspruch nichtsdestoweniger durch den Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem abschlußreichen Geschäfte als rechtlich begründet erscheinen.

Da in dem Mäklervertrag Elemente vorhanden sind, welche solchen aus dem Verhältnisse zwischen Auftraggeber und Beauftragten entsprechen, scheint es als gerechtfertigt, bezüglich des Rücktrittsrechtes des Mäklers die Vorschriften über den Auftrag (§ 662 ff. BGB.) analog zur Anwendung zu bringen.

Druckfehlerberichtigung.

S. 11 Z. 2 statt „gefellschaftlichen" „gesellschaftlichen".
S. 17 Z. 2 „ „tatsächliches" „tatsächlicher".
S. 23 Z. 9 „ „insofurn" „insofern".
S. 24 Z. 1 lies „auf die beiden Stellen L. 3 Dig."
S. 26 Z. 4 statt „daß Unterstellung" „daß die Unterstellung".
S. 32 lies als letzte Zeile: „solchen Vertrages gehandelt, welche in einen be-".
S. 37 Z. 2 statt „erlangte" „verlangte".
S. 43 Z. 20 „ „daz" „daß".
S. 55 Z. 5 v. u. statt „gerade zu" „geradezu".